E. Drexdiver.

Die Schranke der Verfügungen des Vorerben nach § 2113 Abs. 2 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD.
LEGO RAT
BIBL.

vorgelegt von

Erwin Dresdner,
Referendar.

Breslau 1910.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse 5.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard.
Correferent: Professor Dr. Herb. Meyer.

Meinen teuren Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Teil I.

Die rechtliche Natur der im § 2113 Abs. 2 den Verfügungen des Vorerben gezogenen Schranke.

§ 1. Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung 9
§ 2. Das Institut der Vorerbschaft in geschichtlicher Entwicklung . 14
§ 3. Die rechtliche Natur der Unwirksamkeit der entgegen dem § 2113 Abs. 2 vorgenommenen Verfügungen 17
§ 4. Die Voraussetzungen der Unwirksamkeit 19
§ 5. Einfluss der Zustimmung des Nacherben und des guten Glaubens des Erwerbers auf die Unwirksamkeit 25
§ 6. Behandlung einer vom Vorerben aus der Erbschaft gewährten Ausstattung 28

Teil II.

Die Berücksichtigung der im § 2113 Abs. 2 dem Vorerben gezogenen Schranke im Grundbuchverkehr.

§ 7. Einleitende Bemerkungen 30
§ 8. Die rechtliche Bedeutung des § 52 GBO. 31
§ 9. Anwendbarkeit des § 41 GBO. auf den Vorerben 34
§ 10. Der Nacherbe ist nicht Passivbeteiligter im Sinne der GBO. . . 40
§ 11. Unmöglichkeit der Anwendung des § 52 auf die Fälle des § 41 45
§ 12. Die Prüfung des Kausalgeschäfts als Legitimationsprüfung eine Amtspflicht des Grundbuchrichters 49
§ 13. Möglichkeit des Nachweises der Entgeltlichkeit durch die im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismittel 52

Literaturverzeichnis.

Ahlbrecht: Die Stellung des Vorerben, insbesondere im Prozess. Diss. Halle a. S. 1902.

Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung. Berlin 1901.

Blanckmeister: Im „Recht" 1901, S. 423.

Böhm: Erbrecht, 2. Aufl. Hannover 1900.

Cohn: Jur. Wochenschr. 1903, S. 364.

Denkschrift zum Entwurfe des BGB.

Dernburg: Pandekten, 5. Aufl. Berlin 1897.

— Lehrbuch des Preuss. Privatrechts. Halle 1880.

— Das Bürgerliche Recht. Halle 1905.

Doehl: Deutsche Juristenzeitung 1905, S. 906.

Dorst: Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1908, S. 523.

Drewes: Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 198.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., Bd. III, 1. u. 2. Aufl. Berlin 1904.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = ERG.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt = RJA.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl. Berlin 1908.

Frommhold: Das Erbrecht des BGB. Berlin 1900.

Fuchs-Arnheim: Grundbuchrecht. Berlin 1908.

Glaser: Deutsche Juristenzeitung 1908, S. 241.

Grooth: Die Nacherbschaft nach BGB. Diss. Rostock 1900.

Gaupp-Stein: Kommentar zur Zivilprozessordnung.

Güthe: Die Grundbuchordnung. Berlin 1905.

Hachenburg: Studien zum Erbrecht, Bd. I: Die Einsetzung eines Nacherben. Mannheim 1895.

— Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge, 2. Aufl. Mannheim 1900.

— Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906, S. 377.

Herold: Zentralblatt, Bd. 8, S. 213.

Heldmann: Deutsche Juristenzeitung 1908, S. 529.

Herrmann: Im „Recht" 1903, S. 233.

Holz: Deutsche Juristenzeitung 1906, S. 483.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts = KGE.

Jastrow: Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906, S. 97.

Kempner: Juristische Wochenschrift 1907, S. 68.

Kretzschmar: Deutsche Juristenzeitung 1906, S. 1347.

Martinius: Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906, S. 39.
Mayer und *Reis:* Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, Bd. II, 4. Aufl. Stuttgart 1902.
Meikel: Grundbuchordnung. München 1908.
— Im „Recht" 1905, S. 183.
Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen. Leipzig 1900.
Meyer, Paul: Das Erbrecht des BGB. Marburg 1904.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich.
Mugdan, H.: Materialien.
Müller: Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg 1905, S. 257.
Neumann: Handausgabe des BGB., 5. Aufl. Berlin 1909.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. Berlin 1909.
Peiser: Handbuch des Testamentsrechts, 2. Aufl. Berlin 1907.
Perrin: Das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben nach BGB. Diss. Jena 1901.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. Berlin 1908.
Predari: Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB.
Die *Rechtsprechung* der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann = Rspr.
Salinger: Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 138.
Schefhold: Württembergische Zeitung 1906, S. 97.
Schumann: Deutsche Juristenzeitung 1905, S. 1163.
Schwarz: Im „Recht" 1903, S. 226.
Sohm: Der Gegenstand. Leipzig 1905.
Springguth: Rechtsverhältnisse zwischen Vorerben und Nacherben Diss. Greifswald 1903.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 3. u. 4. Aufl. 1909.
Thiesing: Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 94, S. 229 ff.
— Im „Recht" 1903, S. 37.
Turnau-Foerster: Liegenschaftsrecht, Bd. II, 3. Aufl. Paderborn 1906.
Waentig: Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906, S. 377.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. Frankfurt 1901.
Weber: Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906, S. 601.
— Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1907, S. 241.

Teil I.

Die rechtliche Natur der im § 2113 Abs. 2 den Verfügungen des Vorerben gezogenen Schranke.

§ 1.

Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung.

Nach § 2113 Abs. 2 sind Verfügungen des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgen, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam; ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

In erster Reihe gilt es nun klar zu legen, was unter einer Verfügung zu verstehen ist. Die Terminologie des Begriffes ist nicht feststehend. Der Begriff „Verfügung" findet sich in den Gesetzen in verschiedenen Bedeutungen, vom Prozessrecht völlig abgesehen. Was unter einer Verfügung zu verstehen ist, darüber herrscht in vielen Punkten lebhafter Streit. Im Rahmen unserer Aufgabe ist es jedoch nicht möglich, die Frage in allen Einzelheiten zu behandeln; es kann vielmehr nur in grossen Umrissen auf das Wichtigste eingegangen werden.

In der Regel, so auch in den §§ 2112, 2113, sind im Sinne des BGB. unter Verfügungen Rechtsgeschäfte mit unmittelbarer, dinglicher Wirkung zu verstehen, im Gegensatz zu den verpflichtenden Kausalgeschäften. Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, durch die unmittelbar Rechte übertragen,

belastet, geändert oder aufgehoben werden.[1]) Während das Verpflichtungsgeschäft nur die Person des Schuldners ergreift, ihn lediglich verpflichtet, einen Rechtszustand zu ändern, führt die Verfügung schon mit ihrer Vornahme eine Aenderung in der Rechtslage herbei. Während das obligatorische Geschäft nur die auf dem Vermögen als universitas ruhende Schuldenlast vergrössert, bewirkt die Verfügung unmittelbar eine Verminderung der konkreten Vermögensgegenstände. Die Verfügung bleibt wirksam, auch wenn das zu Grunde liegende Geschäft nicht zustande kommt oder wieder wegfällt; alsdann kann jedoch das durch die Verfügung Geleistete gemäss § 812 als ungerechtfertigte Bereicherung kondiziert werden.[2]) Verfügungen in dem dargelegten Sinne sind Eigentumsübertragung, Bestellung eines ius in re aliena (Niessbrauch, Pfandrecht, ERG., Bd. 60, S. 131), Verzicht, Dereliktion; ferner, da nicht nur Sachen, sondern auch alle anderen Vermögensrechte, z. B. Forderungsrechte, Urheberrechte, Servituten usw. Gegenstand einer Verfügung sein können — aus diesem Grunde ist es zu eng, von der Verfügung als einem dinglichen Rechtsgeschäft zu sprechen — die Einziehung und Abtretung von Forderungen, die Novation, der Schulderlass, die Belastung von Rechten usw. Der Vollständigkeit halber seien als Verfügungen, obwohl nicht unter § 2113 Abs. 2 BGB. fallend, noch erwähnt die Aufrechnung, Kündigung, Mahnung, Bestimmung einer unbestimmten Leistung.

---

[1]) Staudinger, Bem. zu § 2112—15; Planck, Bem. 3c zu § 2112, Bem. IX, 4 vor § 104; Willutzki, Arch. f. Bürgerl. R., Bd. 28, S. 53, ferner S. 192 und 201 ff.; Sohm, Gegenstand, S. 7; Böhm, Das Erbr. d. BGB., S. 8; EKG., Bd. 33, S. 45; Eccius bei Gruchot, Bd. 48, S. 467; Dernburg, Bd. I, § 112; Motive, Bd. 3, S. 9; Bayr. Oberstes Landger., Bd. 3, S. 143; P. Meyer, § 24, Anm. 2, § 45, Anm. 18.

[2]) Im Römischen Recht war es bestritten, ob die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts auch Ungültigkeit des dinglichen Vertrages zur Folge hatte. Vgl. die Antinomie im corpus iuris zwischen Julian l. 36 D. 41, 1 und Ulpian l. 18 D. 12, 1. Die ältere gemeinrechtliche Lehre behauptete, dass bei Ungültigkeit des Kausalgeschäftes auch der dingliche Vertrag nicht zustande käme, wohingegen die neuere Lehre im Anschluss an Julian das sachenrechtliche Geschäft als von seinem obligatorischen Rechtsgrunde völlig unabhängig betrachtete.

Im Gegensatz zu den Verfügungen, die der Verfügende selbst trifft, stehen die Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestes vorgenommen werden. Diese fallen nicht unter die §§ 2112 und 2113 Abs. 2; vielmehr sind dafür Sonderbestimmungen in § 2115 getroffen. Dagegen stehen rechtsgeschäftlichen Verfügungen solche Urteile gleich, durch die gemäss den §§ 894/95 ZPO. Willenserklärungen als abgegeben gelten, was im Entwurf II ursprünglich besonders bestimmt war, schliesslich aber als selbstverständlich in das BGB. nicht aufgenommen wurde. Vgl. Prot., Bd. V, S. 113 und Bd. VI, S. 129: „Hier sei schon vom Vorerben selbst über ein einzelnes Objekt die Verfügung getroffen, das Urteil habe nur die Bedeutung, dass es die letztere feststelle und ihre Ausführung erzwingbar mache. Sachlich müsse daher die Verfügung durch Urteil, wie eine solche durch Rechtsgeschäft behandelt werden, und es sei nur eine Frage der Redaktion, ob von ihr besonders gesprochen werden sollte."

Auch ist die nach § 897 ZPO. erfolgte Wegnahme einer Sache durch den Gerichtsvollzieher einer rechtsgeschäftlichen Uebergabe derselben gleich zu achten. Denn in § 2115 sind mit Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, nur solche gemeint, die zur Beitreibung einer Geldforderung, nicht dagegen diejenigen, die zur Erwirkung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen vorgenommen werden.[3])

Keine Verfügung ist die Vermietung oder Verpachtung einer Sache; denn in diesem Falle erwirbt der Mieter resp. Pächter kein die Sache selbst dinglich belastendes Recht, sondern lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Vermieter resp. Verpächter, ihm den Gebrauch resp. auch die Nutzungen der Sache zu gewähren.[4]) Uebrigens sind

---

[3]) Staudinger, S. 409 ff.; Planck V, Anm. 5 zu § 2112; Strohal, Bd. I, § 28, Anm. 32; Frommhold, Anm. 1 zu § 2215; Hachenburg, Stud., S. 48, H. 1; Endemann, Bd. III, § 40, Anm. 12; Peiser, S. 98, Nr. 5; Böhm, S. 119, Anm. 2; Meyer, S. 284; Fischer-Henle, Anm. 1/2 zu § 2215.

[4]) A. M. Cosack, der das Vorhandensein eines dinglichen Miet- und Pachtrechts behauptet.

für Miete und Pacht in § 2135 besondere Bestimmungen getroffen.

In einem anderen als dem eben erörterten Sinne ist der Ausdruck „Verfügung" zu verstehen, wenn das Gesetz von Verfügungen von todeswegen redet.[5]) Hiermit sind Anordnungen des Erblassers gemeint, die den Nachlass betreffen oder doch für die Zeit nach seinem Tode die Verhältnisse regeln, deren Wirksamkeit demgemäss von dem Tode des Erblassers abhängt. Verfügungen von todeswegen werden durch die Vorschriften der §§ 2112 ff. nicht berührt. Der Vorerbe ist also nach allgemeinen Grundsätzen berechtigt, über die Erbschaft als einen Teil seines Vermögens Verfügungen von todeswegen zu treffen, vorausgesetzt, dass der Nacherbe nicht gerade für den Fall des Todes des Vorerben eingesetzt ist. Natürlich können die Erben, sowie die anderen Bedachten die Erbschaft nur mit denselben Beschränkungen zu Gunsten des Nacherben erwerben, mit denen sie dem Vorerben zustand. Andererseits ist zu beachten, dass der Vollzug einer Verfügung von todeswegen, z. B. eines Vermächtnisses, regelmässig eine Verfügung unter Lebenden darstellt, deren Wirksamkeit als einer unentgeltlichen der Beschränkung des § 2113 Abs. 2 unterliegt.

Gegenstand einer dinglichen Verfügung können nach BGB. nur „einzelne Gegenstände oder Komplexe von solchen oder besondere Vermögensteile im Gegensatz zur „Universitas des ganzen Vermögens" sein.[6]) Obligatorische Geschäfte über ein ganzes Vermögen dagegen sind als gültig anerkannt (vgl. z. B. die §§ 310, 311). Auch § 2112 spricht nur von Verfügungen über zur Erbschaft gehörige Gegenstände. Eine Verfügung des Vorerben über die Erbschaft als Ganzes muss deshalb als unzulässig erachtet werden. Der Vorerbe kann lediglich über den ihm als Miterben zustehenden Anteil am Nachlass gemäss § 2033 verfügen, natürlich auch nur mit

---

[5]) Staudinger, Bd. V, S. 409; Planck, Bd. V, Anm. 4 zu § 2112; Strohal, Bd. I, § 28, Anm. 51; § 18, Anm. 2; Peiser X, Anm. 4, S. 88; Dernburg, Bd. I, S. 382.

[6]) Planck, Anm. 2 zu § 2112; Wilutzki, im Arch. f. Bürgerl. R., Bd. 28, S. 56.

den Beschränkungen belastet, die auf dem Anteil zu Gunsten des Nacherben ruhen.

Nachdem der Begriff „Verfügung" klargelegt ist, ist weiter das Merkmal der Unentgeltlichkeit ins Auge zu fassen.[7])

Eine Verfügung ist unentgeltlich, wenn mit ihrer Vornahme nicht die Absicht verbunden ist, dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Die unentgeltlichen Verfügungen können derart sein, dass sie lediglich den Verlust eines Rechtes auf Seite des Verfügenden bewirken, z. B. der Verzicht, oder sie können so beschaffen sein, dass sie zugleich auf der anderen Seite eine Bereicherung herbeiführen, sogen. Zuwendungen, so Schulderlass, Schenkung, Schuldbefreiung, Bezahlung fremder Schulden in Schenkungsabsicht usw. Der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung ist weiter, als der der Schenkung, insofern als zur ersteren Gattung auch Vermächtnisse und die Ausstattung (§ 1624) gehören.[8])

Voraussetzung einer jeden Verfügung ist eine positive Tätigkeit.[9]) Das Unterlassen eines Erwerbes, so auch die Ausschlagung einer Erbschaft, die dem Erblasser angefallen, von diesem aber noch nicht angenommen worden ist, ferner das Versäumen der Unterbrechung einer Verjährung sind daher keine unentgeltlichen Verfügungen. Eine solche liegt ebenfalls dann nicht vor, wenn sich die Verfügung als die Erfüllung einer öffentlich- oder privatrechtlichen Verpflichtung darstellt. Die Verfügung ist hier kein Akt der Liberalität, mag auch das zugrunde liegende Kausalgeschäft causa donandi vorgenommen worden sein, sondern sie erfolgt hier causa solvendi. Doch sind auch derartige Verfügungen, sofern sie in Erfüllung eines vom Vorerben gegebenen Schenkungs-

---

[7]) Staudinger, Bd. I, S. 333; Bd. II, Bem. zu § 516; Planck V, Anm. 2 zu § 2113, Vorbem. III zum Tit. Schenkung; Oertmann, Vorbem. zu § 516; Endemann, Bd. I, § 164, Anm. 24; Gruchot, Bd. 45, S. 201; ERG. Bd. 36, S. 286.

[8]) Ueber letztere vgl. unten § 6. Sie gilt zwar, soweit sie den Verhältnissen des Ausstattenden entspricht, nicht als Schenkung, hat aber trotzdem den Charakter einer unentgeltlichen Zuwendung.

[9]) Hachenburg, Std., S. 42/43; Böhm, S. 118; Frommhold zu § 2113; Planck, Bem. 2 zu § 2113; a. M. Groth, S. 47.

versprechens erfolgen, nach § 2113 Abs. 2 bei Eintritt der Nacherbschaft unwirksam.

Ausgenommen von der Beschränkung des § 2113 Abs. 2 sind solche Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, z. B. Weihnachtsgeschenke, Trinkgelder, Ausstattungen, Beiträge zu Sammlungen. Hiermit sind jedoch nur solche sittliche und Anstandspflichten gemeint, deren Berichtigung aus der Erbschaft gerechtfertigt erscheint. Der Vorerbe darf Anstandsschenkungen nur dann vornehmen, wenn sie ihm in seiner Eigenschaft als Erbe des Erblassers obliegen und sich ihnen auch der Nacherbe in gleicher Eigenschaft nicht entziehen könnte.

§ 2.

Das Institut der Vorerbschaft in geschichtlicher Entwicklung.

Bevor wir auf die Bedeutung der im § 2113 Abs. 2 enthaltenen Verfügungsbeschränkung eingehen, wollen wir kurz die rechtliche Stellung des Vor- und Nacherben im allgemeinen betrachten und zugleich eine gedrängte Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung des Institutes der Nacherbfolge geben.

Das Wesen der Nacherbfolge besteht darin, dass eine zum Erben eingesetzte Person erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist. (§ 2100.) Das römische Recht[1]) kannte, gemäss dem Grundsatz: Semel heres semper heres, eine Erbeinsetzung in der Weise, dass mehrere Personen sukzessive Erben derselben Person wurden, nicht. Doch erreichte man annähernd denselben Zweck durch die Anordnung eines Universalfideikommisses. Durch dieses wurde dem Fiduziarerben auferlegt, in einem bestimmten Zeitpunkte die Erbschaft oder eine Quote derselben dem Universalfideikommissar zu restituieren. Ursprünglich erwarb dieser nur die körperlichen Nachlassgegenstände; Erbschaftsforderungen und -schulden verblieben dem Fiduziarerben; der Universalfideikommissar war nur Singularsukzessor.

---

[1]) Windscheid III, §§ 662 ff.

Erst das senatus consultum Trebellianum (62 n. Chr.) bestimmte, dass mit der Restitution der Erbschaft auch Forderungen und Verpflichtungen auf den Universalfideikommissar übergehen sollten. Dadurch erlangte dieser tatsächlich die Stellung eines Erben, wenn er auch rechtlich weiterhin als Vermächtnisnehmer galt. Aus diesem Grunde hingen seine Rechte davon ab, dass der Fiduziarerbe die Erbschaft antrat; deshalb ordnete das senatus consultum Pegasianum an, (75 n. Chr.), dass dieser zur Annahme der Erbschaft gezwungen werden könnte; dafür aber erhielt er das Recht, den vierten Teil des Nachlasses, die sogen. quarta Falcidia, für sich zurückzubehalten. Machte er aber von diesem Rechte Gebrauch, so sollte die Restitution nicht ex Trebelliano erfolgen, sondern der Universalfideikommissar wie früher Singularsukzessor werden. Diese letztere Bestimmung wurde von Justinian beseitigt, so dass nunmehr, auch wenn der Fiduziarerbe sich die quarta abzog, ex Trebelliano restituiert wurde.

Was die Verfügungsmacht des Fiduziarerben anbetrifft, so unterlag er einem allgemeinen Veräusserungsverbot bezüglich der Erbschaftssachen [2]), mit der Wirkung, dass der Universal-Fideikommissar mit dem Zeitpunkte der Restitution die veräusserten Gegenstände vom Erwerber zurückfordern konnte. Ausgenommen waren Verfügungen, die zur Berichtigung von Erbschaftsschulden (l. 38, pr. D. de leg. et fid. III) oder zur ordnungsmässigen Verwaltung notwendig waren (l. 22. § 3, D. ad senatus consultum Trebellianum 36, 1) oder die zum Zwecke der Dosbestellung oder der donatio propter nuptias bei Mangel sonstigen Vermögens erfolgten (l. 22, § 4 D. ad s. c. Treb. 36, 1), ferner wenn Veräusserer und Erwerber in gutem Glauben waren (l. 89, § 7 D. 31), schliesslich natürlich auch dann, wenn der Erblasser die Verfügung erlaubt hatte oder der Fideikommissar zustimmte.

War letzterer auf das eingesetzt, was zur Zeit der Restitution von der Erbschaft übrig sein würde (fideicommissum eius quod supererit), so durfte der Fiduziarerbe drei Viertel

---

[2]) Für das gemeine Recht will Windscheid das Verbot auch auf Forderungen ausdehnen.

des Nachlasses für sich verbrauchen und im Falle der Not auch das letzte Viertel (1. 89, § 7, D. 31).

Diese Grundsätze wurden gemeines Recht.

Neue Bahnen schlug das ALR. ein[3]), indem es sich von dem römischen Satze: Semel heres semper heres, lossagte und die Möglichkeit einer sukzessiven Beerbung ein und desselben Erblassers durch mehrere Personen anerkannte. Bei der fideikommissarischen Substitution sind sowohl der eingesetzte Erbe (Vorerbe) als auch der Substitut (Nacherbe) wahre Erben. Der Erwerb der Erbschaft durch letzteren vollzieht sich daher nicht nach den Vorschriften über Vermächtnisse, sondern nach den allgemeinen Bestimmungen über den Erbschaftserwerb durch den Erben. Im Verhältnis zum Substituten dagegen hat der eingesetzte Erbe die Stellung eines Niessbrauchers (ALR. I, 12 § 466). Inwieweit er zu Verfügungen über Nachlassgegenstände berechtigt war, war bestritten. Jedenfalls waren ihm unentgeltliche Zuwendungen, auch wenn der Substitut nur auf den Ueberrest eingesetzt war, untersagt (ALR. I, 12, § 469).

Das BGB. für Oesterreich schliesst sich dem ALR. an.

Eine Vermischung römisch-rechtlicher und landrechtlicher Grundsätze enthält das BGB. für Sachsen.

Der Entwurf I des BGB. stellte den Vorerben im Verhältnis zum Nacherben gleichfalls dem Niessbraucher gleich und versagte ihm so prinzipiell das Verfügungsrecht. Schon in den Motiven[4]) wurde jedoch diese Regelung als nicht befriedigend empfunden. Man erkannte, dass es doch eigentlich eine Umkehrung des Verhältnisses sei, „wenn man den Vorerben, den Herrn der Erbschaft, als blossen Niessbraucher erkläre und den Nacherben, welcher in Wahrheit doch nur eine Anwartschaft auf die Erbschaft besitze, zum Herrn der Erbschaft erhebe“. Das BGB. räumt denn auch in § 2112 dem Vorerben grundsätzlich freies Verfügungsrecht ein, nur ist er hinsichtlich der Verfügungen über Grundsstücke und Rechten an solchen sowie bezüglich unentgeltlicher Verfügungen gewissen Beschränkungen unterworfen (§§ 2113 ff).

---

[3]) Dernburg, Pr. Pr., § 133, S. 173; § 158.

[4]) Bd. V, S. 93.

§ 3.

Die Natur der Unwirksamkeit der entgegen dem § 2113 Abs. 2 vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen.

Wir haben nunmehr zu betrachten, welche Wirkungen eine entgegen den Vorschriften des § 2113 Abs. 2 vorgenommene Verfügung hat.

§ 2113 Abs. 2 bestimmt, dass unentgeltliche Verfügungen des Vorerben mit Eintritt der Nacherbfolge unwirksam sind.

Es herrscht nun Streit darüber, welcher Art die Unwirksamkeit ist und wie und von wem sie geltend gemacht werden kann. Nach der einen Ansicht soll sie eine absolute, nach der anderen eine nur relative sein. Erstere Meinung dürfte wohl die richtige sein. Die Unwirksamkeit ist eine absolute, d. h. sie tritt nicht nur dem Nacherben gegenüber ein, sondern kann von jedem Dritten geltend gemacht werden, wenn dieser ein rechtliches Interesse daran hat.[1]) Die Verfügungsbeschränkung in § 2113 Abs. 2 stellt sich nicht als ein zu Gunsten des Nacherben festgesetztes Veräusserungsverbot nach Art des § 135 dar, sondern ist der Ausfluss der dinglichen Gebundenheit des Nachlasses. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht der Vergleich mit den §§ 161 Abs. 2, 163. Dass dieser Vergleich passend gewählt ist, bestätigen die Materialien und die Motive zum BGB.: „Der Absatz 1 des § 1828 (= 2113 BGB.) gibt dem Inhalte nach § 135 (= 161 BGB.) wieder, soweit dessen Vorschriften für den Fall der Nacherbfolge Anwendung finden sollen. Eine Verweisung ist nicht erfolgt, dagegen der Anschluss in der Fassung gewählt".[2])

Auch die Verfügungen des unter einer auflösenden Bedingung oder Befristung Berechtigten sind insoweit unwirksam, als sie das Recht des Rückfallsberechtigten beeinträchtigen würden. Dass hier die Unwirksamkeit solcher Verfügungen

---

[1]) Staudinger, Bd. V, Bem. zu § 2112—15; Planck, Bd. V, Bem. 1c und 2 zu § 2113; Strohal, Bd. I, § 28 Anm. 26; Ahlbrecht, S. 58; Groth S. 44; Perrin, S. 18; Neumann, Bem. II, 1 zu § 2113, Thiesing, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 94, S. 233.

[2]) Materialien, Bd. V, S. 62.

von jedem Dritten, der ein rechtliches Interesse daran hat, geltend gemacht werden kann, unterliegt keinem Zweifel Dasselbe muss für die im § 2113 Abs. 2 genannten Verfügungen gelten. Es kann daher von einer nur relativen Unwirksamkeit unentgeltlicher Verfügungen des Vorerben nicht die Rede sein; vielmehr muss einem jeden, für den dies von Interesse ist, das Recht zugestanden werden, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen.

Gegen die hier vertretene Ansicht schreibt, wie schon erwähnt, eine weit verbreitete Meinung der Unwirksamkeit nur relative Wirkung zu, d. h. im Verhältnis zu Dritten soll die Verfügung gültig sein; lediglich der Nacherbe soll zur Geltendmachung der Unwirksamkeit befugt sein.[3]) Die Anhänger dieser Ansicht fassen die Unwirksamkeit nicht, wie ein Vergleich mit den §§ 161, 163 Abs. 2 als richtig erkennen lässt, als eine Folge der dringlichen Gebundenheit des Nachlasses, sondern lediglich als ein zum Schutze des Nacherben erlassenes gesetzliches Veräusserungsverbot auf.

Auch Salinger schreibt der Unwirksamkeit nur relative Kraft zu. Wenn er aber zugesteht, dass es sich hierbei nicht um ein zugunsten des Nacherben festgestelltes Veräusserungsverbot handle und wenn er ferner auch Dritten das Recht einräumt, die Unwirksamkeit geltend zu machen, „allerdings immer von dem Gesichtspunkte, dass die Verfügung nur dem Nacherben gegenüber unwirksam ist, nicht von dem, dass sie auch ihnen gegenüber unwirksam war," so stellt er damit einen ganz eigenartigen Begriff der Relativität auf; denn in Wahrheit gibt er, wenn er es auch nicht ausdrücklich ausspricht, zu, dass die Unwirksamkeit absoluten Charakter hat.

Streit herrscht ferner darüber, ob die Unwirksamkeit ipso iure eintritt, oder ob es einer besonderen Geltendmachung derselben bedarf. Die herrschende Meinung nimmt ersteres an, und damit dürfte wohl das Richtige getroffen sein, wie wiederum ein Vergleich mit den §§ 161, 163 Abs. 2 bestätigt.

---

[3]) Hachenburg, Vortr., S. 146; Peiser, S. 90, Anm. 59; Dernburg, Bd. V, Anm. 2 zu § 58; Predari, S. 637; Springuth, S. 19, Anm. 27; Salinger, S. 162; Frommhold zu § 2113.

Im Gegensatz hierzu macht Frommhold[4]) den Eintritt der Unwirksamkeit von der Geltendmachung derselben durch den Nacherben abhängig, wenn es auch einer besonderen Anfechtung nicht bedürfe.[5]) In ähnlicher Weise verlangt Salinger[6]) als Voraussetzung des Eintrittes der Unwirksamkeit, „dass der Erbe sie aufruft".

Einen Sonderstandpunkt nimmt Hachenburg ein[7]). Die Unwirksamkeit soll in den Fällen des Abs. 1 eine andere sein als in den des Abs. 2. Er führt aus: Im Abs. 1 sei die Unwirksamkeit die Folge der Eigenschaft des Objekts (als Immobilie), im Abs. 2 komme es auf die Eigenschaft des Rechtsgeschäfts als eines unentgeltlichen an; infolgedessen müsse die Natur der Unwirksamkeit in den beiden Fällen eine verschiedene sein. An Stelle des Rechts der Rückforderung des verschenkten Gegenstandes gegen den Dritten trete in Absatz 2 zunächst ein Ersatzanspruch gegen den Vorerben, und erst wenn dieser nicht durchführbar sei, könne der Gegenstand subsidiär von dem Beschenkten zurückverlangt werden; auch solle dieser Rückforderungsanspruch, falls der Dritte gutgläubig war, nur auf die Bereicherung gehen. Eine Widerlegung dieser Konstruktion erübrigt sich, da Hachenburg diese seine Ansicht von einer nur relativen, obligationenrechtlichen, subsidiären Unwirksamkeit mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes: „Das Gleiche gilt" für das BGB. selbst nicht mehr aufrecht erhält[8]).

§ 4.

Die Voraussetzungen der Unwirksamkeit.

Die Vorschrift des § 2113 Abs. 2 besagt nicht, dass unentgeltliche Verfügungen dem Vorerben schlechthin verboten und deshalb nichtig sind, wie etwa die Veräusserung eines Gegenstandes durch einen Nichteigentümer. Die Un-

---

[4]) Frommhold, Anm. 1 zu § 213.
[5]) Vgl. auch Springguth, S. 19. Anm. 27.
[6]) Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 19, S. 161.
[7]) Studien, S. 42 ff. — Frommhold, Anm. 2 zu § 2113.
[8]) Zeitschrift d. deutsch. Not. Ver. 1906, S. 322.

wirksamkeit tritt vielmehr erst ein, wenn die Nacherbfolge sich verwirklicht. Bis dahin bleibt die Verfügung in Kraft. Allerdings haftet ihr von Anfang an ein wesentlicher Mangel an. Die Verfügung „ist", nicht „wird" unwirksam, sagt das Gesetz und bringt so zum Ausdruck, dass sie „von Geburt an den Todeskeim in sich trägt". Da also der Vorerbe mit Wirkung für die Zeit seiner Berechtigung auch unentgeltlich gültig verfügen kann, gebühren z. B. dem Zessionar bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Zinsen der abgetretenen Forderung; von diesem Zeitpunkt an jedoch kann der Nacherbe mit der Forderung so verfahren, als wenn eine Zession derselben nicht erfolgt wäre.

Wenn der Abs. 2 des § 2113 bestimmt, es solle dasselbe gelten wie in Abs. 1, so wird scheinbar auch auf den Satz: Soweit die Verfügung das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, Bezug genommen. Um entscheiden zu können, ob dies die Absicht des Gesetzgebers ist, muss man sich Sinn und Bedeutung des Satzes klar machen.

Eine Beeinträchtigung liegt dann vor, wenn die Verfügung der Vorerben mit dem Rechte des Nacherben im Widerspruch steht. Dabei kommt es lediglich auf das konkrete Recht an, wie auch die überwiegende Mehrheit annimmt, nicht auf das wirtschaftliche Resultat, wie Salinger[1]) meint. Dieser ist der Ansicht, dass für die Beantwortung der Frage, ob eine das Recht des Nacherben beeinträchtigende Verfügung vorliege, einzig und allein das ökonomische Ergebnis massgebend sei. Es komme nur darauf an, ob die Verfügung wirtschaftlich günstige Folgen für den Nachlass habe. Letzteres sei dann der Fall und deshalb die Verfügung dem Nacherben gegenüber wirksam, wenn ein Nachlassgegenstand zu einem angemessenen Preise veräussert worden sei. Es müsse sich mindestens der Wert des veräusserten Gegenstandes in der Nachlassmasse vorfinden. Dies sei aber nicht nur dann nicht der Fall, wenn eine unentgeltliche Verfügung getroffen worden sei, sondern auch, wenn zwar das Veräusserungsgeschäft ein wirtschaftlich günstiges gewesen, der

[1]) Arch. f. Bürgerl. R., Bd. 19, S. 161.

Wert des Gegenstandes aber zur Zeit des Eintrittes der Nacherbfolge in der Erbmasse nicht mehr vorhanden sei.

Gegen diese Ansicht Salingers, die in besonders eingehender Weise von Thiesing[2]) widerlegt wird, ist folgendes anzuführen:

Es ist zunächst ausser acht gelassen, dass Verfügung ein von dem Kausalgeschäft losgelöster Begriff ist; dass auf Grund derselben ein Ersatz in die Erbschaft kommt, kann an ihrer rechtsvereitelnden Wirkung nichts ändern. Auch die nach § 2111 eintretende Surrogation, die Salinger als Hauptargument für seine Ansicht anführt, kann diese nicht verhindern. Denn § 2111, der bestimmt Was mit Mitteln der Erbschaft erworben ist, fällt in den Nachlass, setzt eine rechtlich gültige Verfügung voraus. Ferner sei wiederum auf die Aehnlichkeit mit den Fällen der resolutiven Bedingung und Befristung und die sich darauf beziehende Stelle in den Materialien[3]) hingewiesen. Dass hier lediglich eine Vereitelung oder Beeinträchtigung des konkreten Rechts in Betracht kommt, wird von keiner Seite bestritten. In diesen Fällen entfällt auch das Hauptargument Salingers, die Surrogation; denn von einer solchen kann dort nicht die Rede sein. Warum sollte nun der Satz: „Soweit die Verfügung das Recht des . . . . beeinträchtigen würde", im § 2113 Abs. 2 eine andere Auslegung erfahren, als in den §§ 161 Abs. 2, 163, zumal doch der Gesetzgeber, indem er dieselbe Form wählte, offenbar auch den gleichen Sinn hineinlegen wollte.

Mit Recht weist auch Thiesing darauf hin, dass die Auslegung Salingers die Sicherheit des Verkehrs untergrabe und sowohl den Vorerben als auch den Erwerber in eine sehr unsichere Lage versetze. Man denke daran, dass die Entscheidung in einem Rechtsstreit von dem schwierigen Nachweis abhängen sollte, ob die vielleicht schon lange Zeit zurückliegende Verfügung wirtschaftlich günstig war und ob zur Zeit der Nacherbfolge ein Gegenwert noch in der Erbmasse vorhanden sei. Gerade letzterer Beweis wird schier

---

[2]) Arch. f. ziv. Prax., Bd. 94, S. 234.

[3]) Bd. V. S. 62.

unmöglich sein; denn wer könnte wohl sagen, dass eine Summe Geldes, die sich im Nachlass vorfindet, gerade der Ersatz für das aufgegebene Recht sei; und meistens wird doch der Ersatz in Geld bestehen

Auch ein Vergleich mit den §§ 107 und 114 spricht gegen Salingers Ansicht. Dort ist ein Rechtsgeschäft, das dem Minderjährigen resp. dem Entmündigten nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, für unwirksam erklärt. Dass es auch hier nur auf die Vereitelung des konkreten Rechts ankommt, bestätigt die Entstehungsgeschichte des Paragraphen[4]). Es war der Antrag gestellt worden, den § 65 Abs. 2 des Entwurfes I (= 107 BGB.) dahin abzuändern: „Ein Minderjähriger bedarf zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, welches zu einer Minderung oder Belastung seines Vermögens führen kann, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.“ Der Antrag wurde abgelehnt, „weil der Irrtum nahe liege, dass sich das Einwilligungserfordernis nach dem wirtschaftlichen Erfolge des einzelnen Geschäfts für das Vermögen des Minderjährigen bestimmen solle“.

Als Beweis gegen Salinger führt Thiesing auch an, dass seine Auslegung für die Fälle des § 2113 Abs. 2 nicht anwendbar sei. Denn eine unentgeltliche Verfügung könne nie ein wirtschaftlich günstiges Resultat nach sich ziehen, weil für das aufgegebene Recht kein Ersatz in den Nachlass käme. Salinger sage zwar, unentgeltliche Verfügungen seien unwirksam, wenn sie das Recht des Nacherben verletzten, und dies sei sogar in der Regel der Fall; er könnte aber dafür, dass durch eine unentgeltliche Verfügung das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigt würde, wohl schwerlich ein Beispiel finden. Meiner Ansicht nach ist diese Beweisführung Thiesings nicht stichhaltig. Salingers Auslegung scheint mir vielmehr die einzige Möglichkeit zu bieten, Fälle zu konstruieren, in denen unentgeltliche Verfügungen des Vorerben das Recht des Nacherben nicht vereiteln. Denn wenn man seinen Grundsatz, dass es lediglich auf das ökonomische Resultat ankomme, konsequent durchführt, kommt man zu

---

[4]) Mugdan, Mat., Bd. I, S. 676.

dem Ergebnis, dass der wirtschaftlich günstige Erfolg nicht nur durch eine angemessene Gegenleistung herbeigeführt werden kann. Ein solcher kann z. B. auch dadurch erzielt werden, dass ein Gegenstand, dessen Erhaltungskosten seinen Wert übersteigen, unentgeltlich veräussert wird. Auch dieses Ergebnis muss offenbar als wirtschaftlich günstig bezeichnet werden, und eine solche Verfügung müsste daher nach Salingers Ansicht als eine das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigende voll wirksam sein. Doch kann, wie gezeigt, Salingers Auffassung nicht als richtig anerkannt werden.

Welche Bedeutung hat aber der in Frage stehende Satz, wenn man einerseits sich Salingers Ansicht nicht anschliesst, andrerseits jedoch Fälle, in denen unentgeltliche Verfügungen des Vorerben das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigen, sich nicht denken lassen und der Satz daher als etwas Selbstverständliches ausdrückend, überflüssig erscheint?

Planck[5]) meint, es solle damit zum Ausdruck gebracht werden, die Verfügung bleibe solange bei Kraft, bis das Recht des Vorerben erlösche, da bis zu diesem Zeitpunkte von einer Beeinträchtigung des Rechtes des Nacherben nicht die Rede sein könne. Dies dürfte jedoch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein; denn dass die unentgeltliche Verfügung während der Dauer der Berechtigung des Vorerben wirksam ist, geht schon aus den Worten des Gesetzes: „ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam“ hervor.

Eine andere Bedeutung spricht Hachenburg[6]) dem Satze zu, und zwar ist er der Ansicht, dass er in den Fällen praktisch werde, in denen zu Gunsten des Nacherben vom Vorerben eine unentgeltliche Verfügung getroffen worden sei. Er führt aus: Eine unentgeltliche Zuwendung, die an den Nacherben erfolge, sei bei Eintritt der Nacherbfolge unwirksam, es sei denn, dass seine Zustimmung oder sonst ein Fall des § 185 BGB. (vergl. unten § 5) vorliege oder dass er gutgläubig sei; denn das Gesetz sehe nicht auf die Person des Empfängers, folglich mache es auch keinen Unterschied, ob der Empfänger

[5]) Bd. V. Anm. 1d zu § 2113.

[6]) Zeitschrift der deutschen Not. Ver. 1906, S. 322ff.

der Nacherbe selbst oder eine dritte Person sei. Das Zugewendete falle daher in den Nachlass zurück. Insoweit ist den Ausführungen Hachenburgs beizupflichten. Seinen weiteren Folgerungen ist jedoch nicht beizutreten. Die Unwirksamkeit, argumentiert er weiter, bestehe nur insoweit, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtige oder vereitele. „Während jede Schenkung an einen Dritten das Recht des Nacherben schmälere, sei bei einer Schenkung an den Nacherben diese Folge insoweit ausgeschlossen, als dieser Anspruch auf den geschenkten Gegenstand aus der Vorerbschaft habe." Er führt folgendes Beispiel an: Ein Vorerbe wende einem seiner beiden als Nacherben eingesetzten Söhne aus der 40 000 Mark betragenden Erbmasse 10000 Mark unentgeltlich zu. Trete nun die Nacherbfolge ein, so könne der Beschenkte der Rückforderung durch seinen Bruder damit begegnen, dass ihm ja 20000 Mark zukämen, und die Schenkung bleibe wirksam. Voraussetzung dabei sei, dass der Beschenkte die Pflicht habe, sich die Schenkung auf seinen Erbteil anrechnen zu lassen. Bestehe diese Auflage nicht, so betrage die Erbmasse ohne das Verschenkte 30000 Mark, der zweite Nacherbe bekäme also nur 15000 Mark, während ihm 20000 Mark gebührten. Er könne deshalb die fehlenden 5000 Mark von seinem Bruder zurückfordern; insoweit sei die Schenkung unwirksam, da sie sein Recht beeinträchtige, im übrigen aber gültig. Bestehe die unentgeltliche Zuwendung nicht in einer Geldsumme, sondern n bestimmten Gegenständen, so sei sie, sofern sich nicht gleiche Stücke für den Mitnacherben in der Erbmasse vorfänden, unwirksam; letzterer brauche z. B. ein kostbares Bild dem Beschenkten nicht zu lassen. Sei der Bedachte dagegen allein als Nacherbe eingesetzt, so werde die Verfügung niemals unwirksam. Insoweit sei denn auch der Ersatzanspruch aus den §§ 2130, 2138 Abs. 2 ausgeschlossen.

Gegen diese Ausführungen ist ins Feld zu führen, dass Hachenburg die tatsächliche Lage mit der rechtlichen durcheinander wirft. Rein äusserlich genommen bleibt der Effekt allerdings derselbe; der beschenkte Nacherbe behält das ihm Zugewendete. Der Erwerbsgrund ist jedoch ein anderer geworden. Bis zum Eintritte der Nacherbfolge besitzt der Nacherbe das Empfangene auf Grund der Zuwendung;

verwirklicht sich jedoch die Nacherbefolge, so wird die Verfügung ipso iure unwirksam, das Zugewendete fällt in die Nachlassmasse zurück, und der Nacherbe erhält dasselbe nunmehr auf Grund seiner Erbfolge als Nachlassbestandteil. [7]) Diese Verschiedenheit des Erwerbsgrundes kann praktisch von grosser Bedeutung werden; man denke nur an den Fall, dass es zur Absonderung des Nachlasses kommt; dann gehört das (unwirksam) Zugewendete zur Nachlassmasse, während es, falls die Verfügung in Kraft geblieben wäre, Bestandteil des Eigenvermögens des Nacherben wäre. Die Bedeutung des einschränkenden Satzes: „Insoweit das Recht des Nacherben beeinträchtigt werden würde" wird also auch durch das von Hachenburg angeführte Beispiel nicht klar gelegt.

Da sich nun keine Fälle finden lassen, in denen der in Frage stehende Satz von Bedeutung wäre, scheint das Gesetz damit eine überflüssige Bestimmung getroffen zu haben. Sollte jedoch dieser Vorwurf gerechtfertigt erscheinen? Ganz und gar nicht. Was zwingt uns denn, den Satz überhaupt für Absatz 2 in Frage kommen zu lassen? Wenn das Gesetz in Absatz 2 bestimmt, es solle das Gleiche gelten, wie in Abs. 1, so verlangt es natürlich nicht, dass die daselbst getroffenen Bestimmungen wahllos auch auf Abs. 2 angewandt werden sollen, sondern will die Vorschriften nur insoweit angewandt wissen, als sie in den Tatbestand des Abs. 2 passen. Da, wie wir gesehen haben, der Satz: „Soweit das Recht des Nacherben beeinträchtigt wird", für Abs. 2 keine Bedeutung haben kann, ist er als für Abs. 2 gar nicht bestimmt anzusehen.

§ 5.

Einfluss der Zustimmung des Nacherben und des guten Glaubens des Erwerbers auf die Unwirksamkeit.

Die Unwirksamkeit der von dem Vorerben vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen wird durch die Zustimmung des Nacherben geheilt. Dies wird von keiner Seite bestritten. Als Beweis dafür, dass die Regeln über die Zustimmung

[7]) Planck V, Anm. 2 zu § 2113.

anwendbar sind, sei § 2120 angeführt. Wenn das Gesetz dort dem Nacherben die Verpflichtung auferlegt, zu einer Verfügung, die ohne Zustimmung des Nacherben nicht wirksam vorgenommen werden könnte, seine Zustimmung zu geben, so ist damit die Möglichkeit einer Konvaleszenz durch Zustimmung anerkannt. Eine Frist für die Genehmigung ist dem Nacherben nicht vorgeschrieben[1]). Wohl aber kann darin, dass der Nacherbe von einer sein Recht beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis hat und trotzdem keinen Widerspruch erhebt, eine stillschweigende Genehmigung erblickt werden.

Ebenso wie die Vorschriften über die Einwilligung und Genehmigung sind auch die Regeln des § 185 Abs. 2 über die sonstigen Fälle der Konvaleszenz von Verfügungen eines Nichtberechtigten anwendbar.

Darin, dass eine Genehmigung durch den Nacherben möglich ist, nachdem die Unwirksamkeit vielleicht schon von einem Dritten geltend gemacht wurde, wollen die Gegner[2]) der Ansicht von der absoluten Unwirksamkeit der vom Vorerben getroffenen unentgeltlichen Verfügungen einen Beweis für die Richtigkeit ihrer Meinung erblicken. Doch kann dieser Einwand nicht als begründet erachtet werden. Denn dann müsste man jede Verfügung eines Nichtberechtigten, die nach § 185 konvalesziert, für nur relativ unwirksam ansehen, ein Schluss, den zu ziehen man sich wohl hüten wird.

Eine Schranke findet die Unwirksamkeit vom Vorerben getroffener unentgeltlicher Verfügungen ferner darin, dass in § 2113 Abs. 3 die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, für anwendbar erklärt sind. Soweit das Gesetz einen Erwerb in gutem Glauben nicht kennt, z. B. bei Forderungen, bleibt auch hier die Unwirksamkeit der Verfügungen bestehen. Es kommen für bewegliche Sachen die §§ 932 ff., für Rechte die §§ 1032, 1207 und 1208, für Grundstücke die §§ 892, 893 in Betracht. Auf die Bedeutung der letzten beiden Paragraphen ist im Zusammenhang mit der im zweiten Teile zu erörternden Frage näher einzugehen.

---

[1]) A. M. Cosack, der die Frist im Einzelfalle nach billigem Ermessen gestellt wissen will.

[2]) Peiser, S. 90, Anm. 59.

Es kommt demnach darauf an[3]), dass der Empfänger beim Erwerbe die Zugehörigkeit des Gegenstandes zur Erbschaft nicht kannte und bei beweglichen Sachen auch nicht kennen musste. Unerheblich ist dabei ein Irrtum des Erwerbers darüber, ob die Verfügung eine unentgeltliche oder eine solche ist, durch die einer sittlichen Pflicht entsprochen wird. Ein solcher auf Grund guten Glaubens gemachter Erwerb bleibt auch bei Eintritt der Nacherbfolge wirksam, jedoch in dem Sinne, dass zwar der Rechtserwerb selbst nicht in Frage gestellt werden kann, das Geleistete jedoch auf Grund des § 816 Abs. 1 Satz 2 als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann.

Nicht beizutreten ist der Ansicht Hachenburgs[4]) und Frommholds[5]), die Verfügung sei in der Art wirksam, dass der Nacherbe nur einen Ersatzanspruch gegen den Vorerben gemäss § 2138 Abs. 2 geltend machen könne. Mit dieser Ansicht wird der Sinn des Paragraphen verkannt[6]). Es ist daselbst nur bestimmt, dass der Vorerbe dem Nacherben zum Schadenersatze verpflichtet sei, wenn er entgegen dem § 2113 Abs. 2 über einen Erbschaftsgegenstand verfügt hat. Diese Vorschrift berührt gar nicht die Frage der Rückforderung des zugewendeten Gegenstandes, sondern besagt lediglich, dass der Nacherbe vom Vorerben Schadensersatz verlangen kann, wenn sein Rückforderungsanspruch gegen den Dritten nicht realisierbar ist. Denn von der Entstehung eines Schadens kann man nicht reden, solange dieser Anspruch noch durchgeführt werden kann.

Von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 2 kann der Erblasser nicht befreien (§ 2136). Er darf dem Nacherben auch nicht die Auflage machen, allen unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben zuzustimmen[7]). Denn dies bedeutete nichts anderes als eine Ermächtigung zu Schenkungen. Die Bestimmungen des Abs. 2 sollen verhindern, dass der

---

[3]) Planck, Bd. V, Anm. 3 zu § 2113; Hachenburg, Vortr., S. 150; Strohal, Bd. I, § 28, Anm. 28; Peiser, S. 95, Anm. 68.

[4]) Zeitschr. des dtsch. Not. Ver. 06, S. 323; Vorträge S. 150.

[5]) Anm. zu § 2113.

[6]) Planck, Bd. V, Anm. 3 zu § 2113.

[7]) Hachenburg, Zeitschr. d. dtsch. Not. Ver. 06, S. 329.

Vorerbe durch unentgeltliche Verfügungen das Recht des Nacherben illusorisch macht. Durch die erwähnte Auflage würde aber der mit dem Verbote verfolgte Zweck vereitelt werden; eine solche Auflage wäre daher contra legem und deshalb nichtig (§ 134).

Damit soll jedoch nicht gesagt sein, dass alle unentgeltlichen Verfügungen auf diesem indirekten Wege unmöglich wären. „Die Anordnung des Erblassers darf nur nicht soweit gehen, dass sie das Recht des Nacherben vollständig vereiltelt. Sie darf nicht unter dem Mantel der Fürsorge für bestimmte Personen im Endergebnis darauf hinauskommen, dass der Vorerbe bezüglich unentgeltlicher Verfügungen tatsächlich völlig frei wird." Eine Auflage durch die dem Nacherben auferlegt wird, zu einer bestimmten unentgeltlichen Verfügung des Vorerben seine Zustimmung zu geben, muss daher für gültig erachtet werden. Es handelt sich hier nicht um eine Umgehung des Gesetzes. Der Schwerpunkt liegt hier nicht darin, den Vorerben zu einer Schenkung zu ermächtigen, sondern einer bestimmten Person gewisse Erbschaftsgegenstände zugute kommen zu lassen. Es wäre doch auch widersinnig, derartige Auflagen der Zustimmung für ungültig zu erklären, während doch eine Auflage, durch die der Nacherbe verpflichtet wird, einer Person dieselbe Leistung zu machen, was doch im Endergebnis auf das gleiche hinauskommt, möglich ist.

§ 6.

Behandlung einer vom Vorerben aus der Vorerbschaft gewährten Ausstattung.

Zum Schlusse des 1. Teiles sei noch auf einen Spezialfall eingegangen.

Der Fall, dass der Nacherbe selbst der Bedachte ist, ist schon oben erörtert worden. Hier wollen wir uns mit der in der Literatur viel erörterten Frage beschäftigen, wie es mit der Wirksamkeit einer vom Vorerben aus der Nachlassmasse gewährten Ausstattung steht[1]).

[1]) Hachenburg, Zeitschr. d. dtsch. Not. Ver. 06, S. 327 ff.; Planck, V, Anm. 2 zu § 2113 a. E.; Peiser, S. 94, Anm. 67.

Ausstattung ist das, was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung einer Wirtschaft von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (§ 1624). Eine solche Zuwendung hat, soweit sie den Vermögensverhältnissen der Ausstattenden entspricht, nicht den Charakter einer Schenkung; wohl aber ist sie eine unentgeltliche Verfügung, und zwar erfolgt sie in Erfüllung einer sittlichen Pflicht. Daraus ist jedoch nicht der Schluss zu ziehen, dass eine Ausstattung deshalb nach § 2113 Abs. 2 Satz 2 ohne weiteres wirksam sei. Wirksam sind nur solche unentgeltliche Verfügungen, durch die einer auch dem Nacherben gegenüber bestehenden sittlichen Pflicht entsprochen wird. Eine Pflicht, die Kinder des Vorerben auszustatten, besteht aber für ihn nicht. Eine Ausstattung, die aus der Vorerbschaft geleistet wird, ist deshalb mit Eintritt der Nacherbfolge unwirksam. Dies gilt auch in dem Falle, dass das ausgestattete Kind selbst als Nacherbe eingesetzt ist, es sei denn, dass gutgläubiger Erwerb oder Genehmigung vorliegt; dann wäre die Zuwendung gültig und das Kind könnte auf Grund des § 2138 Abs. 2 von dem Vater resp. der Mutter Ersatz verlangen. Praktisch entfällt allerdings die Schadensersatzpflicht, da das Kind durch die Ausstattung noch bereichert ist. Sind neben dem ausgestatteten Kinde noch andere Personen zur Nacherbfolge berufen, so können diese den entsprechenden Teil von dem Ausgestatteten zurückverlangen (§ 816 Abs. 1 Satz 2) und soweit sie dabei ausfallen, sich an den Vorerben halten (§ 2138 Abs. 2).

Nicht zu verwechseln mit der Ausstattung ist die Aussteuer, d. h. das, was eine Tochter im Falle ihrer Verheiratung zur Errichtung des Haushaltes erhält. Dazu ist der Vater, resp. Mutter verpflichtet (§ 1620). Gewährt nun der Vater seiner Tochter aus der Vorerbschaft eine Aussteuer, so ist dies keine unentgeltliche Verfügung, sondern geschieht in Erfüllung einer Verbindlichkeit. Eine solche Verfügung ist wirksam. Der Vater hat jedoch, da er Erbschaftsgegenstände für sich verwendet hat, dem Nacherben nach § 2134 Wert- und im Falle des Verschuldens Schadensersatz zu leisten.

Teil II.

Die Berücksichtigung der in § 2113 Abs. 2 dem Vorerben gezogenen Schranke im Grundbuchverkehr.

§ 7.

Einleitende Bemerkungen.

Im zweiten Teile ist zu erörtern, inwiefern die im § 2113 Abs. 2 den Verfügungen des Vorerben gesetzte Schranke im Grundbuchverkehr zu berücksichtigen ist. In Betracht kommt diese nur für die Fälle der befreiten Vorerbschaft. Eine solche liegt vor, wenn dem Vorerben durch den Erblasser eine weitergehende Verfügungsmacht eingeräumt wird, als ihm an und für sich nach dem Gesetze zusteht. Nach § 2136 kann der Erblasser den Vorerben von den meisten Verfügungsbeschränkungen befreien, und alle diese Befreiungen sollen als vom Erblasser angeordnet gelten, wenn der Nacherbe auf das eingesetzt ist, was von der Erbschaft zur Zeit der Nacherbfolge übrig sein wird (§ 2137). Ist die Vorerbschaft eine gewöhnliche, so kommt der Abs. 2 deshalb nicht in Betracht, weil, wenngleich er sich auch auf Grundstücke und Rechte an solchen bezieht, Verfügungen darüber schon unter Abs. 1 fallen und daher unwirksam sind, soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Bei der befreiten Vorerbschaft jedoch ist der Abs. 2 für den Grundbuchverkehr von Bedeutung, weil zwar die Verfügungsbeschränkungen des Abs. 1 entfallen, eine Befreiung von Abs. 2 aber unzulässig ist. Es handelt sich also darum, darzustellen, wie der Nacherbe gegen unentgeltliche Verfügungen des befreiten Vorerben über Grundstücke und Rechte an solchen zu schützen ist.

§ 8.

Die rechtliche Bedeutung des § 52 GBO.

Da nach § 2113 Abs. 3 die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, hier also die Vorschriften, die den öffentlichen Glauben des Grundbuchs betreffen (§§ 892/93), Anwendung finden, läuft der Nacherbe Gefahr, sein Recht, das vom Vorerben unentgeltlich veräusserte Grundstück von dem Erwerber bei Eintritt der Nacherbfolge zurückzufordern, zu verlieren, falls dieser die Zugehörigkeit desselben zur Vorerbmasse nicht kannte. Es galt daher, dem Nacherben dieses Recht zu sichern, indem man durch eine die Anordnung der Nacherbfolge ersichtlich machende Eintragung ins Grundbuch den guten Glauben des Erwerbers zerstörte[1]).

Im Gegensatz zu § 80 Tit. 2 der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 und dem § 28 der Novelle vom 24. Mai 1853 verlangte § 54 der preuss. GBO. zur Eintragung von Nebenbestimmungen aus Verträgen und letztwilligen Verfügungen, die die Verfügungsfreiheit des Eigentümers beschränkten, einen Antrag. Bei Anordnung der Nacherbfolge verfuhr man daher so, dass, falls nicht gleichzeitig ein Antrag auf Eintragung des Nacherbenrechts gestellt war, der Vorerbe als unbeschränkt Berechtigter eingetragen wurde[2]). Mit der Zeit bildete sich jedoch eine andere, dem Nacherben günstigere Praxis aus, dahingehend, dass der Grundbuchrichter einen Antrag des Vorerben, der sich nicht zugleich auf die Buchung des Nacherbenrechts bezog, ablehnte. Man argumentierte folgendermassen: das Gesetz verlange zwar zur Eintragung einer Verfügungsbeschränkung einen diesbezüglichen Antrag. Damit sei aber nicht gesagt, dass der Richter verpflichtet sei, mangels eines solchen Antrages den Vorerben als unbeschränkt Berechtigten einzutragen.

In der Einsicht, dass man dem Nacherben auch durch positive Bestimmungen einen wirksameren Schutz angedeihen lassen müsste, bestimmte der Entwurf I in § 1826 Abs. 1, dass bei der Eintragung eines der Nacherbfolge unterliegen-

[1]) Vgl. zum Folg.: Güthe, Anm. 1 zu § 52 GBO.

[2]) KGE. Bd. 2, S. 107; Bd. 7, S. 127.

den Rechts zugleich das Recht des Nacherben von amtswegen einzutragen sei. „Diese Vorschrift stellt klar, dass das Recht des Vorerben sachlich durch das Recht des Nacherben gemindert wird und dass daher, wenn der Vorerbe unbeschränkt eingetragen wird, das Grundbuch unrichtig und unvollständig wird, somit § 843 (jetzt § 894 BGB.) anwendbar ist[3])." Von der zweiten Kommission wurde die Bestimmung als eine blosse Verfahrensvorschrift, die keinen neuen materiellen Rechtssatz schaffe, in folgender Fassung in die Grundbuchordnung verwiesen: Bei der Eintragung eines Vorerben ist zugleich das Recht des Nacherben von amtswegen einzutragen (§ 52).

Hinsichtlich der Frage, wie Befreiungen von den Verfügungsbeschränkungen zu behandeln seien, lagen zwei Anträge vor. Der eine wollte für den Fall der befreiten Vorerbschaft die Eintragung des Rechts des Nacherben überhaupt in Wegfall kommen lassen. Der zweite schlug vor, auch in diesem Falle an der Buchung des Nacherbenrechts festzuhalten, aber auch die Befreiung in das Grundbuch einzutragen. Der letztere Antrag wurde angenommen, „weil die Erteilung der Verfügungsfreiheit an den Vorerben das beschränkende Recht des Nacherben nicht beseitige" — eine Befreiung von § 2113 Abs. 2 ist ja unzulässig — „und weil bei Nichteintragung des Rechtes des Nacherben für diesen die Gefahr bestehe, durch Verfügungen des Vorerben oder der Erben desselben nach Eintritt der Nacherbfolge sein Recht zu verlieren[4])." § 52 bestimmt daher weiter, dass soweit der Vorerbe von den Verfügungsbeschränkungen befreit ist, auch die Befreiung von amtswegen einzutragen ist.

Der Grundbuchrichter hat von der Eintragung des Nacherbenrechts abzusehen, wenn ihm der Verzicht des Nacherben in der Form des § 29 vorgelegt wird. Da die Vorschrift des § 52 GBO. nicht im öffentlichen Interesse, sondern lediglich im Interesse des Nacherben gegeben ist, kann dieser auf den ihm vom Gesetze zugedachten Schutz auch rechtswirksam verzichten. Der Verzicht hat übrigens

---

[3]) Motive Bd. V., S. 111.

[4]) Prot. Bd. V., S. 110.

nicht die Wirkung, dass der Nacherbe nunmehr sein Recht verliert. Dieses bleibt vielmehr bestehen; nur kann er dem gutgläubigen Erwerber gegenüber sein Rückforderungsrecht nicht mehr geltend machen[5]). Eines besonderen Antrages auf Unterlassung der Eintragung bedarf es nicht; denn „der Richter hat von der Eintragung nicht nur dann Abstand zu nehmen, wenn es an den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen fehlt, sondern auch, wenn sich aus Urkunden ergibt, dass die Voraussetzungen für die Eintragung nicht vorliegen. So beim Verzicht[6])." Aus denselben Gründen ist das Recht des Nacherben auf dessen Verlangen zu löschen.

Die Eintragung des Nacherbenrechts hat die Wirkung, dass der gute Glaube des Erwerbers zerstört wird und daher der Nacherbe die Unwirksamkeit der unentgeltlichen Verfügung über das Grundstück mit dem Eintritt der Nacherbfolge ihm gegenüber geltend machen kann. Dagegen ist das Grundbuch nicht etwa für weitere Eintragungen gesperrt. Denn dadurch wäre dem Vorerben die Möglichkeit zu Verfügungen mit Wirkung für die Zeit seiner Berechtigung genommen, und dies wäre eine Verkürzung der ihm vom materiellen Recht gewährten Befugnisse. Denn Verfügungen, auch unentgeltliche, die der Vorerbe entgegen dem § 2113 vornimmt, sind nicht schlechthin nichtig. Der Vorerbe kann mit Wirkung bis zum Eintritt der Nacherbfolge rechtsgültig Grundstücke übereignen, sogar schenkweise. Nur sind diese Verfügungen mit Eintritt der Nacherbfolge ipso iure unwirksam, und der Nacherbe kann das Grundstück vom Erwerber zurückfordern. Dass ihm dieses Recht nicht etwa infolge des guten Glaubens des Erwerbers verloren gehe, dafür sorgt ja das Gesetz dadurch, dass es vorschreibt, bei Eintragung des Vorerben auch das Recht des Nacherben (von amtswegen) einzutragen. Der Grundbuchrichter darf daher die Eintragung einer Verfügung, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt, nicht verweigern.

---

[5]) KGE. Bd. 29, S. A. 163 = Rspr. Bd. 9, S. 401.
[6]) KGE. Bd. 29, S. A. 166 = Rspr. Bd. 10, S. 446.

Von diesen Grundsätzen ist bei der Löschung eines zur Erbmasse gehörigen Rechts eine Ausnahme zu machen. Bei der Uebertragung oder Belastung eines Rechts ist der Nacherbe, wie gezeigt, durch Eintragung seines Rechtes vor Beeinträchtigungen geschützt. Handelt es sich aber um eine Löschung, so verschwindet mit dem aufzuhebenden Recht zugleich auch der Nacherbenvermerk aus dem Grundbuch, da mit Löschung des Rechts alle sich auf dasselbe beziehenden Eintragungen fortfallen. Die Folge davon ist, dass dem Erwerber nicht mehr entgegengesetzt werden kann, er habe die Eigenschaft des Rechtes als zu der Vorerbschaft gehörig gekannt. Der Nacherbe müsste daher die Löschung gegen sich gelten lassen. Der Vorerbe A verzichtet z. B. auf eine Erbschaftsforderung gegen C und erteilt seine Einwilligung zur Löschung der für dieselbe auf dem Grundstücke des C bestellten Hypothek. Erwirbt nun D an dem Grundstücke eine Hypothek, so könnte der Nacherbe B diesem gegenüber die Unwirksamkeit der Löschung der ersten Hypothek, obwohl er an und für sich nach § 2113 Abs. 2 dazu befugt wäre nicht geltend machen, da infolge Wegfalls des Nacherbenvermerks D als gutgläubig gilt. B's Hypothek stünde daher im Range hinter der des D.

Eine vorläufige Löschung, etwa mit dem Vorbehalt, dass diese mit Eintritt der Nacherbfolge unwirksam sei, kennt das Gesetz nicht. Die einzige Möglichkeit, den Nacherben vor Beeinträchtigungen zu schützen, besteht daher darin, dass der Richter einen Löschungsantrag des Vorerben zurückweist, wenn ihm nicht die Zustimmung des Nacherben beigebracht wird[7]).

§ 9.

Anwendbarkeit des § 41 GBO. auf den Vorerben.

In § 52 hat der Gesetzgeber lediglich darüber Bestimmungen getroffen, wie der Nacherbe geschützt wird, wenn der Vorerbe zur Zeit der Verfügung im Grundbuche einge-

[7]) EKG., Bd. 22, S. A. 315, Bd. 25, S. A. 310; Rechtspr. X., S. 448; RGE., Bd. 65, S. 219; EKG., Bd. 26, S. A. 264; Bd. 30, S. A. 316; ferner Planck, Bd. V, Anm. 4d zu § 2113 und 3a zu § 2136.

tragen ist. Nach § 41 GBO. kann jedoch der Erbe, wenn auch grundsätzlich nach § 40 GBO. eine Eintragung ins Grundbuch erst erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist, eine Verfügung vornehmen, ohne sich selbst zuvor als Berechtigten eintragen lassen zu müssen. Wie der Nacherbe in diesem Falle gegen unentgeltliche Verfügungen des befreiten Vorerben zu schützen, darüber enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen. Es herrscht daher in Literatur wie Praxis lebhafter Streit darüber, ob und in welcher Weise die Vorschriften des § 52 im Falle einer Verfügung nach § 41 anzuwenden oder wie der Nacherbe sonst gegen sein Recht beeinträchtigende Verfügungen des Vorerben zu schützen sei.

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass es sich in § 41 nur um die Uebertragung und Aufhebung von Rechten handelt. Anderweitige Verfügungen, wie Belastungen und Aenderungen des Inhalts oder des Ranges eines Rechts, fallen nicht hierunter, und in diesen Fällen muss sich der Berechtigte daher, um über das Recht verfügen zu können, zuvor eintragen lassen[1]). So hat das Kammergericht in seinem Beschlusse vom 28. September 1903[2]) entschieden, dass die Eintragung einer in Ansehung einer Hypothek zwischen dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und dem Vorerben des eingetragenen Gläubigers vereinbarten Aenderung der Rückzahlungsbedingungen ohne die vorgängige Eintragung des Vorerben unzulässig sei. Aehnlich die Entscheidung des KG. vom 3. November 1902[3]), wo dasselbe für die Umwandlung einer zum Nachlass gehörigen Grundschuld in eine Hypothek ausgesprochen ist. Der Grund hierfür liegt auf der Hand. Bei Uebertragungen tritt der Erwerber an die Stelle des Erben. Müsste dieser sich nun zuerst eintragen lassen, so verursachte dies nur Umständlichkeiten und Kosten, ohne einen praktischen Wert zu haben, da der Erbe bald wieder aus dem Grundbuche verschwände. Ebenso müsste bei der Aufhebung

[1]) Thurnau-Förster; Anm. 4 zu § 41. EKG. Bd. 27, S. A. 263.
[2]) Rspr. Bd. 7, S. 370 = RJA. Bd. 6, S. 56.
[3]) Rspr. Bd. 6, S. 327.

eines Rechtes die Eintragung des Erben alsbald wieder gelöscht werden. Anders liegt die Sache bei Belastungen und Aenderungen. Hier bleibt der Erbe Inhaber des Rechtes, und es gäbe das Grundbuch unrichtige Auskunft, wenn der Erbe nicht als Berechtigter eingetragen wäre.

Es fragt sich nunmehr, ob § 41 GBO. auf den Vorerben anwendbar ist[4]). Dies muss bejaht werden, da § 41 vom Erben schlechtweg redet und auch der Vorerbe als wirklicher Erbe anzusehen ist, gerade so, als wenn er ohne einen Nacherben eingesetzt worden wäre. Das geht schon aus dem Wortlaut des § 2100 hervor: Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist. Auch die Motive und Protokolle bestätigen diese Ansicht. In diesem Sinne sagen die Motive[5]): „Der Vorerbe ist Erbe und nur in gewissen Richtungen beschränkt, sodass man ihn eher dem Eigentümer einer belasteten Sache als dem Niessbraucher vergleichen könnte." Vgl. ferner die Denkschrift zum Entwurfe des BGB.[6]): „Da der Vorerbe zunächst Erbe ist, kommt ihm bis zum Eintritt der Nacherbfolge grundsätzlich die Stellung zu, die er haben würde, wenn die Nacherbfolge nicht angeordnet wäre."

Nach dem Angeführten kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Vorerbe als wirklicher Erbe zu betrachten ist. Nicht beizutreten ist deshalb der vom LG. Güstrow in dem Beschlusse vom 16. Oktober 1900[7]) und vom LG. Leipzig in seiner Entscheidung vom 4. November 1902[8]) ausgesprochenen Ansicht, dass § 41 GBO. nur Erben „im regulären Sinne" im Auge habe, wozu der Vorerbe nicht zu rechnen sei.

Ein weiterer Einwand wird gegen die Anwendbarkeit des § 41 GBO. erhoben. Man behauptet, unter Erbe im

---

[4]) Thiesing, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94, S. 248; Peiser, § 3, III; Staudinger, Bd. V, Vorbem. II, 5 zu § 2100; KGE. Bd. 23, S. A. 151; Rspr. Bd. VI, S. 327.

[5]) Bd. V, S. 93.

[6]) S. 414.

[7]) Zentralbl. Bd. III, S. 516.

[8]) Zentralbl. Bd. III, S. 509.

Sinne dieses Paragraphen seien Vor- und Nacherbe zusammen zu verstehen; diese ständen nebeneinander, und zu einer unentgeltlichen Verfügung sei deshalb die Mitwirkung beider erforderlich. So hat das KG. in seinem Beschlusse vom 16. Februar 1903[9]) ausgeführt: „§ 41 GBO. werde dadurch gerechtfertigt, dass der Erbe auch in das dem Erblasser zustehende Verfügungsrecht eintrete. (Mot. Bd. III, S. 317). Diese Erwägung treffe aber auf das beschränkte Recht des Vorerben nicht zu, weil beide in die Rechte des Erblassers einträten."

Es wird hierbei davon ausgegangen, dass „Erbe" des Erblassers Vor- und Nacherbe gemeinsam sind; man fasst also auch den Nacherben als Rechtsnachfolger des Erblassers auf, eine Ansicht, die keineswegs unbestritten ist.

Das römische Recht musste in dem Universalfideikommissar einen Nachfolger des Fiduziarerben erblicken, da letzterer allein Erbe und also Sukzessor des Erblassers war, und nur die Verpflichtung hatte, dem Fideikommissar die Erbschaft in einem bestimmten Zeitpunkt zu restituieren. Dieser leitete somit seine Rechte von dem Fiduziarerben her.

Anders das heutige Recht. Nach BGB. muss der Nacherbe als Nachfolger des Erblassers angesehen werden[10]). Demgegenüber wird von einigen Schriftstellern, insbesondere Hellwig[11]), behauptet, der Nacherbe sei Rechtsnachfolger des Vorerben. Man stützt sich hauptsächlich auf § 2111. Man argumentiert folgendermassen: Die nach § 2111 eintretende Surrogation bewirke, dass bei Eintritt der Nacherbfolge die Erbmasse zum Teil aus anderen Gegenständen bestehe als beim Tode des Erblassers. Eine Nachfolge in Rechte aber, die dem Erblasser gar nicht zugestanden hätten, sei nicht möglich. Der Nacherbe müsse daher als Rechtsnachfolger des Vorerben aufgefasst werden.

Demgegenüber ist zu erwidern: Richtig ist, dass der Nacherbe den Nachlass in anderem Zustand und Umfang erhält, als er sich zur Zeit des Erbfalles befand. Zu beachten

[9]) KGE., Bd. 26, S. A. 264 = Rspr., Bd. 6, S. 320 = RJA., Bd. 3, S. 250.

[10]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. V, S. 155ff. Strohal, Bd. I, S. 195ff. Paul Meyer, Erbrecht, S. 257ff. Gaupp-Stein, Anm. zu § 780 CPO. Planck, Bd. V, Vorbem. 3 vor § 2100. Endemann, Bd. III, § 39.

[11]) Rechtskraft, S. 219ff.

ist dabei jedoch, dass die Erbmasse in ihrer Gesamtheit, als universitas, die gleiche geblieben ist, wenn auch bezüglich der einzelnen Bestandteile Veränderungen stattgefunden haben.

Weiterhin spricht folgendes für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht: Nach § 2143 gelten bei Eintritt der Nacherbfolge die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen. Hieraus ist zu ersehen, dass der Gesetzgeber den Nacherben als Rechtsnachfolger des Erblassers betrachtet; denn anderenfalls läge doch kein Grund vor, die durch Konfusion erloschenen Rechtsverhältnisse wieder aufleben zu lassen.

Schliesslich hat der Nacherbe nur „die Verbindlichkeiten zu tragen, die sich an die Beerbung des Testators knüpfen“ [12]). Verpflichtungen, die der Vorerbe hinsichtlich des Nachlasses auf sich genommen hat, gehen dagegen nicht auf den Nacherben über. So hat dieser z. B. die Kosten der Beerdigung des Erblassers, soweit sie noch nicht bezahlt sind, zu begleichen, hingegen nicht die des Begräbnisses des Vorerben (§ 1968); ebenso wenig obliegen ihm dessen Angehörigen gegenüber die Verpflichtungen aus § 1969 (Unterhalt in den ersten 30 Tagen nach dem Tode des Erblassers). Wäre nun der Nacherbe Nachfolger des Vorerben, so hätte er all die genannten Verpflichtungen zu erfüllen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass nach geltendem Recht der Nacherbe gleich dem Vorerben als Rechtsnachfolger des Testators anzusehen ist.

Ist demnach zwar die erste Voraussetzung für die Ansicht, die Vor- und Nacherben als nebeneinander stehend betrachtet, gegeben, so muss sie doch aus anderen Gründen als unhaltbar bezeichnet werden.

Betrachten wir die einschlägigen Gesetzesstellen. § 2100 bestimmt, eine Erbeinsetzung könne in der Weise erfolgen, dass ein anderer Erbe werde, nachdem zuvor ein anderer Erbe geworden sei. Ferner § 2139: Mit dem Eintritt des

---

[12]) Dernburg, Das bürgerl. Recht, Bd. V, S. 157. Strohal, Bd. I, S. 195.

Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein und fällt die Erbschaft dem Nacherben an. Man vergleiche des weiteren die Motive[13]): „Der Nacherbe erwirbt, wenn die Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbschaft eingetreten sind, kraft Gesetzes . . . . . Die Anordnung, dass . . . . . wird dahin verstanden, dass der mit der Herausgabepflicht Beschwerte bis zu jenem Zeitpunkt Erbe sein, bei Eintritt des bestimmten Zeitpunktes aber durch eine andere Person in seiner Eigenschaft als Erbe abgelöst werden solle." Wenn ferner die Protokolle den Vorerben des öfteren als „Herrn der Erbschaft" (Bd. V, S. 95), wenn sie weiter das Recht des Vorerben als ein, wenn auch in allen seinen Bestandteilen durch das Recht des Nacherben beschränktes, doch seinem Wesen nach unbeschränktes bezeichnen (Bd. V, S. 119), wenn ferner die Erbschaft ein für den Nacherben zunächst fremdes Vermögen genannt wird (Bd. V, S. 123), so dürfte dies alles wohl unzweifelhaft darauf hinweisen, dass der Vorerbe alleiniger Erbe ist und nicht neben ihm noch der Nacherbe steht. Die Einsetzung eines Nacherben ist zwar wahre Erbeinsetzung (Mot. Bd. V. S. 81). Vor- und Nacherbe sind Erben des Testators, jedoch nicht neben, sondern nacheinander[14]). Während der Dauer der Vorerbschaft hat der Nacherbe lediglich eine unentziehbare, vererbliche Anwartschaft auf den Nachlass (§ 2108, Abs. 2). In diesem Sinne hat auch das RG. in seinem Beschlusse vom 23. Februar 1907[15]) entschieden.

Aus dem Gesagten erhellt, dass der Vorerbe an und für sich ein zur Erbschaft gehöriges Recht nach § 41 GBO. aufheben oder übertragen darf, ohne sich vorher eintragen zu lassen, und dass aus diesem Paragraphen die Notwendigkeit einer Mitwirkung des Nacherben zu einer derartigen Verfügung nicht gefolgert werden kann. Wie also ist der Vorerbe gegen Beeinträchtigungen seiner Rechte zu schützen?

---

[13]) Bd. V, S. 81.

[14]) Staudinger, Vorbem. II u. V, zu § 2100; Thiesing, Arch. f. ziv. Prax., Bd. 94, S. 231, 248; Planck, V, Vorbem. IVb vor § 2100; Weber, Zeitschr. d. deutsch. Not. Ver. 06, S. 614 ff.; Turnau-Förster, Bd. II, Anm. 6 zu § 41.

[15]) ERG. Bd. 65, S. 214.

Bevor wir diese Frage erörtern, sei zunächst darauf hingewiesen, dass derjenige, der auf Grund einer Verfügung des Vorerben gemäss § 41 GBO. von diesem ein Recht an einem Erbschaftsgrundstück erwirbt, trotz Fehlens des Nacherbenvermerks sich nicht darauf berufen kann, er habe von der Anordnung einer Nacherbschaft nichts gewusst[16]). Denn da zur Zeit der Verfügung noch der Erblasser als Inhaber des Rechts eingetragen ist, das Grundbuch über die Rechtsverhältnisse des Vorerben aber keine Eintragungen enthält, kann der Erwerber dem Rückforderungsanspruche des Nacherben seinen guten Glauben nicht entgegensetzen. Hier kann also eine Beeinträchtigung des Nacherben nicht in Frage kommen. Eine solche kann jedoch eintreten, wenn das Recht auf einen weiteren Erwerber übergeht, der dasselbe im guten Glauben an die Richtigkeit der Eintragung hinsichtlich seines Vormannes erwirbt.

§ 10.

Der Nacherbe ist nicht Passivbeteiligter im Sinne der GBO.

KG. und RG.[1]) erblicken in dem Nacherben einen Passivbeteiligten im Sinne der §§ 40, 41, 19, 13 der GBO. und wollen den Nacherben gegen unentgeltliche Verfügungen des Vorerben dadurch schützen, dass sie aus diesem Grunde zur Eintragung einer solchen seine Zustimmung verlangen (§ 19 GBO.).

M. A. kann jedoch der Nacherbe nicht als durch die Eintragung betroffen angesehen werden. Nur Inhaber dinglicher Rechte, die aus dem Grundbuch oder aus den Grundakten hervorgehen, können als Passivbeteiligte gelten. Auszuscheiden haben alle obligatorisch Berechtigten. Denn obligatorische Ansprüche finden im Grundverkehr überhaupt keine Berücksichtigung, es sei denn, dass sie durch eine Vormerkung gesichert sind[2]). Wollte man also den Nach-

[16]) Planck, Bd. V, Anm. 4c zu § 2113; Schwarz im „Recht" 1903, S. 226.

[1]) EKG., Bd. 26, S. A. 264; ERG., Bd. 61, S. 228; ERG., Bd. 65, S. 214.

[2]) Brachvogel bei Gruchot, B. 50, S. 68 II. Meikel im Recht 05, S. 184. Turnau-Förster, Anm. II, 2 zu § 19. Meikel, GBO., Anm. 9c aa zu § 19; RJA., Bd. I, S. 25, EKG., Bd. 20, S. A. 100; Bd. 23, S. A. 115; Bd. 26, S. A. 264; Bd. 29, S. A. 177. Güthe, Anm. 36 zu § 19. Oberneck, Bd. I, S. 220.

erben als Passivbeteiligten ansehen, so wäre Voraussetzung dafür, dass ihm ein dingliches Recht zusteht. Dies führt uns zur Prüfung der Frage, welcher Art das Recht des Nacherben ist.

Mit dem Erbfalle erwirbt der Nacherbe eine vererbliche unentziehbare Anwartschaft auf den künftigen Anfall des Nachlasses[3]). Diese Anwartschaft ist mehr als eine blosse Hoffnung (Aussicht); sie stellt sich als ein subjektives Recht, absoluten Charakters dar; man könnte es als eine Erwerbsberechtigung bezeichnen, durch die dem Nacherben das Recht gewährt wird, bei Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaft ipso iure zu erwerben[4]).

Hiermit ist aber nicht gesagt, dass diese Anwartschaft ein Recht an dem Nachlass oder den Nachlassgegenständen begründet. Dass der Nacherbe ein dingliches Recht an der Erbschaft als Gesamtheit habe, nehmen Eck[5]) und Müller[6]) an. Auch KG. und RG. vertreten diese Ansicht[7]); Im § 52 werde dem Nacherben ein buchungsfähiges, dingliches Recht zugesprochen. Dass auch dem befreiten Vorerben ein solches zustehe, ergebe sich daraus, dass auch im Falle der weitgehendsten Befreiung das Recht des Nacherben einzutragen sei. Demgegenüber meint Peiser[8]), das Gesetz fingiere nur ein dingliches Recht des Nacherben, indem es seine Eintragung anordne, denn nur dingliche Rechte seien buchungsfähig.

Gegen diese Ausführungen ist vor allem einzuwenden, dass das BGB. dingliche Rechte an Vermögensinbegriffen nicht kennt. Man erwäge ferner[9]): Wollte man ein dingliches Recht des Nacherben an der Vorerbschaft anerkennen, so müsste dieser durch jede Verfügung des Vorerben betroffen werden, und deshalb stets seine Einwilligung notwendig sein. Dieses Ergebnis steht aber mit den positiven Vorschriften

---

[3]) Mot. Bd. 5, S. 82.
[4]) P. Meyer, § 45, Anm. 7/9. Dernburg, Bd. 5, § 55, S. 161.
[5]) Vorträge, Bd. III, S. 111.
[6]) Württemb. Zeit. 1905, S. 259.
[7]) KGE., Bd. 26, S. A. 264; RGE., Bd. 61, S. 228 und 65, S. 214.
[8]) S. 78, Anm. 39.
[9]) Weber, Ztschr. d. dtsch. Not. Ver. 1906, S. 627 ff.

in Widerspruch; denn nach § 2112 ist dem Vorerben grundsätzlich freie Verfügungsbefugnis eingeräumt. Man könnte daher höchstens daran denken, den Nacherben bei solchen Verfügungen als betroffen gelten zu lassen, hinsichtlich deren dem Vorerben Beschränkungen auferlegt sind. Es kämen also in unserem Zusammenhange lediglich Verfügungen über Grundstücke und Rechte an solchen und bei befreiter Vorerbschaft sogar nur unentgeltliche in Betracht. Ein Recht an der Erbschaft als Ganzes aber, das nur hinsichtlich bestimmter Bestandteile derselben Wirkungen äussert, ist nicht denkbar. Immerhin könnte dem Nacherben ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses zustehen.

Ist es jedoch angängig, ein derartiges Recht anzunehmen? Dem steht vor allem schon der Umstand entgegen, dass die Zahl der Sachenrechte im BGB. eine geschlossene ist. Sollte ein Miteigentums-, Gesellschafts- oder sonstiges Gemeinschaftsverhältnis vorliegen? Dass ein solches nicht besteht, ist schon oben ausgeführt worden[10]). Der Vorerbe ist wie wir gesehen haben, alleiniger Erbe. Er ist, unbeschadet gewisser Verfügungsbeschränkungen, der freie Herr der Erbschaft.

Die Sachenrechte des BGB., wie Pfandrecht, Niessbrauch usw. und, soweit Gebiete dem Landesrecht überlassen sind, auch dieses, kommen ihrer Natur wegen von vornherein nicht in Betracht. Nun könnte man aber einwenden, es käme nicht auf die Stellung einer Materie im System des BGB. oder die ausdrückliche Bezeichnung eines Rechtes als eines dinglichen an, sondern auf die Natur desselben[11]). Das ist natürlich richtig. Trotzdem kann dem Nacherben ein Recht dinglichen Charakters nicht zugesprochen werden. Dies lehrt der schon oben angeführte, auch von den Motiven[12]) herangezogene Vergleich der Stellung des Nacherben mit der des Rückfallsberechtigten im Falle einer resolutiven Bedingung oder Befristung. Sollte man dem letzteren schon vor Eintritt der Bedingung ein Recht an dem Gegenstande, über den auflösend

---

[10]) Oben § 9.
[11]) Peiser, S. 79, Anm. 39.
[12]) Bd. V, S. 114/115.

bedingt verfügt worden ist, zuerkennen? Davon kann nicht die Rede sein. Es besteht lediglich eine dingliche Gebundenheit des bedingt Berechtigten[13]). Ebenso liegt die Sache beim Nacherben. Das „Recht" des Nacherben äussert sich einzig und allein darin, dass der Vorerbe in der Verfügung über Nachlassgegenstände zu seinen Gunsten beschränkt ist. Es besteht eine dingliche Gebundenheit des Nachlasses und des Vorerben, ohne dass dieser ein positives Recht entspricht. Man vergleiche auch die Motive[14]), woselbst anerkannt ist, dass das Recht des Nacherben nur als eine Beschränkung des Rechtes des Vorerben erscheint. So wird auch von der Mehrzahl der Schriftsteller dem Nacherben lediglich eine Anwartschaft auf den Nachlass zugesprochen[15]). Wenn Planck (Vorbem. IVb vor § 2100) von einer „gegenständlichen Gebundenheit", Dernburg (Bd. V, § 55, S. 161) von einer „Anwartschaft dinglicher Natur", wenn Endemann (Bd. III, S. 164a) von einer „dinglich begründeten Anwartschaft", Meyer-Reiss (§ 38, Anm. 2) von einer „Anwartschaft dinglicher Natur" spricht, so soll damit kein Sachenrecht des Nacherben anerkannt, sondern nur zum Ausdruck gebracht werden, dass der Nachlass durch dessen Anwartschaft dinglich gebunden ist.

Schliesslich könnte man aber der hier vertretenen Ansicht entgegenhalten, dass das Gesetz ausdrücklich von einem Rechte des Nacherben spricht. So heisst es im § 2108 Abs. 2, dass, wenn der eingesetzte Nacherbe vor Eintritt der Nacherbfolge stirbt, im Zweifel sein Recht auf die Erben übergeht. Hier ist unter „Recht" offenbar das absolute Recht auf den künftigen Anfall der Erbschaft, die Erwerbsberechtigung, zu verstehen. Wenn ferner § 52 GBO. davon spricht, dass bei Eintragung des Vorerben auch das Recht des Nacherben von amtswegen einzutragen sei, kann zwar hier das Wort „Recht" nicht in diesem Sinne genommen werden, da nur Rechte an Grundstücken eingetragen werden können. Trotzdem darf daraus nicht gefolgert werden, dass das Recht des Nacherben

---

[13]) Planck, Bd. I, Anm. I zu § 161.

[14]) Bd. V, S. 111.

[15]) Staudinger, Bd. V, Vorbem. II, 5 zu § 2100; Meikel „Recht", S. 185; Wäntig, Ztsch. d. dtsch. Not. Ver. 06, S. 381 ff.

ein dingliches sei. Diese leicht irreführende Ausdrucksweise ist nur der Kürze halber[16]) gebraucht; was tatsächlich der Inhalt des „Rechtes“ ist, geht aus den weiteren Worten des Paragraphen: „Soweit der Erbe von den Beschränkungen seines Verfügungsrechtes usw.,“ hervor.

Dass das „Recht“ des Nacherben für buchungsfähig und im § 52 für buchungspflichtig erklärt wird, kann an seiner Natur nichts ändern. Wenn die Gegner deshalb behaupten, dem Nacherben müsse ein dingliches Recht zustehen, mit der Begründung, nur ein solches sei buchungsfähig, so ist darauf zu erwiedern, dass der Inhalt dieses „Rechtes“ sich lediglich nach den Vorschriften des BGB. bestimmt. § 52 fügt keine neuen materiellen Rechtsnormen hinzu, sondern enthält nur Verfahrensvorschriften. Das war auch der Grund, warum man die Bestimmungen des § 1826 Abs 1 des E I (= § 52 GBO.) in die Grundbuchordnung verwies. Man befürchtete „die Belassung der Vorschrift im BGB. könne zu der irrigen Ansicht führen, es handele sich um eine zivilrechtliche Besonderheit des Vor- und Nacherbenverhältnisses, während dieselbe nur eine Folge der sonstigen Sätze dieses Rechtsverhältnisses sei.“[17]) Aus dem BGB. aber ergiebt sich, dass das „Recht“ des Nacherben nur in Verfügungsbeschränkungen des Vorerben besteht, und daran kann § 52 nichts ändern.

Dass die Möglichkeit der Eintragung eines Rechts oder einer Verfügungsbeschränkung ins Grundbuch an deren Natur nichts ändert, ergibt auch ein Vergleich mit der Vormerkung. Aehnlich wie bei der Vorerbschaft sind Verfügungen, die das durch die Vormerkung gesicherte Recht beeinträchtigen würden, unwirksam (§ 883). Wenn nun ein obligatorischer Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist, wird dadurch der Charakter des Rechtes geändert, verwandelt es sich vielleicht in ein dingliches? Keineswegs. Der Anspruch bleibt nach wie vor ein obligatorischer, nur hat er durch die Vormerkung eine dingliche, d. h. gegen

---

[16]) Meikel, „Recht“ 1905, S. 186; Weber, Zeitschr. d. dtsch. Not. Ver. 06, S. 624 ff.

[17]) Motive Bd. V, S. 111.

jeden Dritten wirkende Sicherung erhalten. Ebenso wenig wird dadurch, dass das „Recht" des Nacherben in § 52 GBO für buchungsfähig erklärt wird, für diesen ein dingliches Recht geschaffen, sondern ihm lediglich die Möglichkeit gegeben, die nach § 2113 bestehende Gebundenheit des Nachlasses auch Dritten gegenüber geltend zu machen.

Da also der Nacherbe an den Erbschaftsgegenständen ein dingliches Recht, wie wir sehen, nicht hat, kann er als Passivbeteiligter nicht gelten, und daher aus diesem Grunde die Eintragung einer Verfügung des Vorerben nach § 41 nicht von dessen Zustimmung abhängig gemacht werden.

§ 11.

Unmöglichkeit der Anwendung des § 52 GBO. auf die Fälle des § 41 GBO.

Auf einem anderen Wege sucht man den Schutz des Nacherben gegen unentgeltliche Verfügungen des Vorerben herbeizuführen, indem man den § 52 auch in den Fällen des § 41 für anwendbar erklärt[1]). Die Anhänger dieser Ansicht argumentieren folgendermassen: In § 52 werde vorgeschrieben, dass bei Eintragung des Vorerben zugleich das Recht des Nacherben einzutragen sei. Daraus gehe hervor, dass die Buchung des Nacherbenvermerkes von der Eintragung des Vorerben abhängig sei. Da der Nacherbe nun ohne letztere seine Eintragung nicht erlangen könne, müsse man ihm die Befugnis zugestehen, von dem Vorerben zu fordern, dass dieser sich eintragen lasse. Daraus sei zu folgern, dass § 41 durch § 52 ausgeschlossen werde, der Vorerbe also, sofern er nicht die Zustimmung des Nacherben beibringe, die Eintragung einer von ihm vorgenommenen unentgeltlichen Verfügung nur verlangen könne, wenn er sich zuvor habe eintragen lassen.

Diese Folgerungen können nicht als stichhaltig anerkannt werden. Es wird dabei übersehen, dass die Bestimmung des § 52 ganz andere rechtliche Grundlagen zur

---

[1]) Fuchs-Arnheim, Anm. 5 u. 6 zu § 41; Predari, Anm. 5 zu § 41; KGE. Bd. 26 S. A. 264.

Voraussetzung hat, als in § 41 vorliegen. Der § 52 hat lediglich den Fall der Grundbuchberichtigung im Auge. Dies geht aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen hervor. Der dem jetzigen § 52 GBO. entsprechende § 1826 des Entwurfes I bestimmte in Abs. 2: „Der Nacherbe kann von dem Vorerben verlangen, dass dieser seine Rechte, soweit dieselben der Nacherbfolge unterliegen, für sich eintragen lasse". Dazu sagen die Motive[2]): „Die Vorschrift ist nicht lediglich instruktioneller Natur; sie stellt klar, dass das Recht des Vorerben sachlich durch das Recht des Nacherben gemindert wird, und dass daher, wenn der Vorerbe unbeschränkt eingetragen wird, das Grundbuch unrichtig und unvollständig wird, somit § 843 (= § 894 BGB.) anwendbar ist." Der Abs. 2 des § 1826 ist zwar später fortgelassen, aber in allgemeiner Fassung als materieller Rechtssatz in das BGB. übernommen worden (§ 895 BGB.). Daraus aber, dass man diese Vorschrift ursprünglich in den § 1826 aufgenommen hatte, ergibt sich, welchen Zweck der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift verfolgte, nämlich lediglich den, zu verhüten, dass das Grundbuch unrichtige Auskunft über die Rechtsverhältnisse des Vorerben gibt. Bei Eintritt des Erbfalles wird zwar der Vorerbe Erbe, jedoch ist er durch das Recht des Nacherben beschränkt. Liesse er sich nun allein ins Grundbuch eintragen, so wäre dieses unrichtig, weil es das Recht des Vorerben als stärker auswiese, als es in der Tat ist. Der Nacherbe wäre in diesem Falle einer Beeinträchtigung seines Rechts durch einen gutgläubigen Erwerber ausgesetzt, da der Vorerbe wie ein freier Eigentümer verfügen könnte. Dem könnte der Nacherbe dadurch vorbeugen, dass er Grundbuchberichtigung beantragt, wozu er nach § 894 BGB. die Zustimmung des Vorerben verlangen könnte. Im übrigen bedarf es nach § 22 GBO. der Bewilligung durch den Vorerben zur Grundbuchberichtigung nicht, wenn der Nacherbe durch öffentliche Urkunden (Erbschaft, Testament) die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachweist. Ferner könnte er nach § 895 von dem Vorerben, der sich noch nicht hat eintragen lassen, verlangen, dass er dies tue, da seine Eintragung von der Buchung des

---

[2]) Bd. V, S. 111.

Rechtes des Vorerben abhängig ist. Die in den §§ 894, 895 dem Nacherben gewährten Befugnisse werden aber häufig zu seinem Schutze nicht ausreichen. Denn oft wird der Nacherbe von der Eintragung des Vorerben nichts erfahren (ein Recht auf Benachrichtigung nach § 55 GBO. steht ihm nicht zu, da er nicht Passivbeteiligter ist). Bis der Nacherbe nun einen Antrag auf Grundbuchberichtigung stellt, kann der Vorerbe schon längst Verfügungen getroffen haben, die mit Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers dem Nacherben gegenüber wirksam sind. Daher bestimmt § 52, dass das Recht des Nacherben bei Eintragung des Vorerben von Amts wegen einzutragen sei, damit so das Grundbuch mit der tatsächlichen Rechtslage in Uebereinstimmung gebracht werde.

Anders liegen jedoch die Umstände, wenn der Vorerbe nach § 41 eine Verfügung trifft, ohne sich selbst vorher eintragen zu lassen. Hier treffen die Erwägungen, die zu der Vorschrift des § 52 geführt haben, nicht zu. Von einer Grundbuchberichtigung ist hier nicht die Rede, da eine Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht vorliegt, wenn der Vorerbe innerhalb der ihm vom Erblasser eingeräumten Verfügungsmacht verfügt hat.

Die Gegner stützen sich hauptsächlich auf eine Stelle in den Motiven[3]), wo es heisst: „Von dem allgemeinen Grundsatze, dass derjenige die Buchung verlangen könne, dem ein buchungsfähiges Recht zustehe, könne um des willen eine Ausnahme nicht gemacht werden, weil im Grundbuch das Recht des Nacherben nur als eine Beschränkung des Rechtes des Vorerben erscheine, folglich die Eintragung des Rechtes des Vorerben voraussetzte. Da jedoch die Buchung des Rechtes des Nacherben von der Buchung des Rechtes des Vorerben abhängig sei, so könne dem Nacherben nur ein Anspruch gegen den Vorerben gewährt werden, dass der Vorerbe dem Rechte des Nacherben zur Eintragung verhelfe. Dagegen könnte eingewendet werden, durch ein solches Verlangen könne der Vorerbe des ihm nach § 869 (= 41 GBO.) zustehenden Rechtes, mit Ersparung der Eintragung seines

[3]) Bd. V, S. 112.

Eigentums weiter zu veräussern, verlustig gehen. Allein ein solcher Vorteil käme gegenüber dem Rechte des Nacherben nicht in Betracht.“ Meiner Ansicht nach kann in dieser Stelle nichts gefunden werden, was die Ansicht der Gegner rechtfertigt. Es ist hier nur gesagt, dass das Recht des Nacherben dem Rechte des Vorerben gegenüber, mit Ersparung der Eintragung seines Rechts weiter zu veräussern, das stärkere ist, dass daher, wenn der Vorerbe sich nicht eintragen lässt, um sich die Möglichkeit einer Verfügung nach § 41 offen zu halten, der Nacherbe verlangen kann, dass der Vorerbe sein Recht eintragen lasse. Denn anderenfalls wäre das Grundbuch unrichtig. Auch diese Stelle der Motive beweist also, dass der Gesetzgeber bei § 52 lediglich die Grundbuchberichtigung im Auge hatte. Die Fälle, in denen der Vorerbe, ohne sich vorher eintragen zu lassen, Verfügungen trifft, fallen daher nicht unter § 52. Mithin muss die Ansicht, dass § 52 den § 41 ausschliesse, als unrichtig zurückgewiesen werden.

Eine andere Meinung nun geht dahin, dass § 52 zwar nicht direkt auch die Fälle des § 41 regle, die Vorschriften des Paragraphen jedoch analog auf § 41 angewendet werden müssten[4]). Nach dieser Ansicht soll bei Eintragung des Erwerbers das Recht des Nacherben von Amts wegen eingetragen werden.

Eine solche analoge Anwendung dürfte schon um deswillen zu beanstanden sein, weil sie eine Ausnahme von dem wichtigen, den Grundbuchverkehr beherrschenden Antragsprinzip des § 13 schafft[5]). Im übrigen aber ist doch die Analogie immer der letzte Weg, den man erst beschreitet, wenn auf keine andere Weise Abhilfe geschaffen werden kann. Für die Analogie ist daher kein Raum, wenn direkte Bestimmungen, seien es positive, im Gesetz enthaltene Vorschriften, seien es allgemeine rechtliche Grundsätze, vor-

[4]) Dernburg, Bd. V, § 58, Anm. 10; Strohal, Bd. II, § 63 Anm. 4; Güthe, Anm. 5 zu § 41; Planck, Bd. V, Anm. 4e zu § 2113; Blanckmeister im „Recht“ 01, S. 423.

[5]) Meikel, „Recht“ 05, S. 186; Meikel, GBO., Anm. 3c zu § 41 Thiesing, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 94, S. 245 ff.

handen sind, mittels deren man den angestrebten Zweck erreichen kann, und aus diesem Grunde kann, wie wir sogleich sehen werden, von einer analogen Anwendung des § 52 nicht die Rede sein.

§ 12.

Die Prüfung des Kausalgeschäfts als Legitimationsprüfung eine Amtspflicht des Grundbuchrichters.

Es ist von dem allgemeinen Satze auszugehen, dass der Richter bei einer Verfügung stets zu prüfen hat, ob der Verfügende dazu berechtigt ist[1]). Diese Pflicht obliegt auch dem Grundbuchrichter. Will der Vorerbe eine Verfügung vornehmen, so ist zu untersuchen, ob er diese innerhalb der Grenzen seiner Verfügungsmacht trifft. Der Erbe weist grundsätzlich seine Legitimation durch einen Erbschein nach. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt die Vorlegung der Verfügung und des Protokolls über die Eröffnung desselben, unbeschadet des Rechts des Grundbuchrichters, wenn er dadurch die Erbfolge nicht für nachgewiesen erachten sollte, die Beibringung eines Erbscheins zu verlangen (§ 36 GBO.). Aus diesen Urkunden ersieht der Richter, inwieweit der Vorerbe verfügungsberechtigt ist. Denn nach § 2363 ist in einem Erbschein, der einem Vorerben erteilt wird, anzugeben, dass eine Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt und wer der Nacherbe ist. Ebenso ist, wenn der Erblasser den Vorerben zu freier Verfügung ermächtigt, d. h. ihn in dem ganzen gesetzlich zulässigen Umfange (§ 2136) von den Verfügungsbeschränkungen befreit hat, dies anzuführen. Für den Fall, dass eine Befreiung nur von einzelnen Beschränkungen angeordnet ist, ist zwar die Aufnahme eines diesbezüglichen Vermerkes in den Erbschein in § 2363 nicht vorgeschrieben,

---

[1]) Weber, Zeitschr. d. dtsch. Not. Ver. 06, S. 638ff; Planck, Bd. V, Anm. 3c bb zu § 2136: Meikel im „Recht“ 05, S. 186ff.

aber, zumal im Hinblick auf die Bedeutung des Erbscheins nach §§ 36 und 52, für zulässig zu erachten[2]).

Der Grundbuchrichter ersieht also aus dem Erbschein, ob der Vorerbe zu einer Verfügung befugt ist oder nicht. Selbst bei der weitgehendsten Befreiung kann jedoch der Vorerbe nicht unentgeltlich oder schenkungsweise verfügen. Auch in diesem Falle darf daher der Richter die Eintragung nicht ohne weiteres vornehmen, sondern hat vorher zu prüfen, ob die Verfügung eine entgeltliche ist. Aus den Auflassungs-, Abtretungserklärungen oder Löschungsbewilligungen kann aber der Grundbuchrichter, da diese Rechtsgeschäfte abstrakt sind, nicht erkennen, ob eine entgeltliche oder unentgeltliche Verfügung vorliegt. Gewissheit darüber kann er nur durch Aufdeckung des Kausalgeschäfts erlangen. Regelmässig zwar hat der Richter die materiellen Grundlagen einer Verfügung nicht zu beachten. Doch obliegt ihm diese Pflicht ausnahmsweise, wenn, wie hier, von der rechtlichen Natur des Kausalgeschäfts die Verfügungsbefugnis abhängt[3]). Wenn die Motive[4]) sagen: „Ob und inwieweit der Vorerbe bei der Verfügung nachzuweisen hat, dass er entgeltlich verfüge, wird sich nach den Regeln der GBO. bestimmen", so ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber die Prüfung des Kausalgeschäftes auf seine Entgeltlichkeit nicht als dem materiellen, sondern dem formellen Recht angehörig betrachtet. Es ist daher nicht richtig, wenn KG. und RG. behaupten, die Prüfung der Entgeltlichkeit gehöre nicht zu den Aufgaben des Grundbuchrichters, und ausführen[5]): „Dieser solle der dem materiellen Rechte angehörigen Entscheidung darüber, ob nicht etwa Rechte des Nacherben verletzt werden könnten, enthoben sein; mit einer so verantwortlichen Prüfung dürfte er nicht befasst, sondern die Entscheidung dem Nacherben

---

[2]) Planck, Bd. V., Anm. 4 zu § 2363, Anm. 2 zu § 2136.

[3]) Turnau-Förster, Anm. 49 zu § 29; EKG., Bd. 13, S. A. 454; RJA., Bd. 8, S. 143.

[4]) Bd. V, S. 131.

[5]) EKG., Bd. 30, S. A. 262 = RJA., Bd. 6, S. 70; EKG., Bd. 26, S. A. 270 = RJA., Bd. 3, S. 253; ERG., Bd. 61, S. 233 = RJA., Bd. 6, S. 144.

überlassen und dadurch vorbehalten bleiben, dass in allen Fällen das Recht des Nacherben eingetragen werde."

Findet der Grundbuchrichter bei der Prüfung des Kausalgeschäfts, dass die Verfügung eine unentgeltliche ist oder lässt sich nicht mit genügender Sicherheit die Entgeltlichkeit feststellen, so hat er den Eintragungsantrag entweder zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu setzen (§ 18 GBO.). Weist der Vorerbe innerhalb dieser Frist nach, dass die Verfügung entgeltlich ist, oder bringt er für den Fall, dass sie unentgeltlich ist, die Zustimmung des Nacherben bei, so ist die Eintragung vorzunehmen, andernfalls ist der Antrag endgültig zurückzuweisen.

Anders will Thiesing[6]) den Eintragungsantrag durch den Grundbuchrichter behandelt wissen. Er ist der Ansicht, dass der Antrag unter keinen Umständen zurückgewiesen werden dürfe. Denn unentgeltliche Verfügungen seien erst mit Eintritt der Nacherbfolge unwirksam. Bis zu diesem Zeitpunkte aber habe der Vorerbe freie Verfügungsmacht, und die Zustimmung des Nacherben habe erst für die Zeit nach Eintritt der Nacherbfolge Bedeutung. Wiese nun der Grundbuchrichter den Eintragungsantrag mangels Beweises der Entgeltlichkeit oder der Zustimmung des Nacherben zurück, so werde dadurch die Verfügungsmacht des Vorerben verkümmert, und dazu habe der Richter kein Recht.

Richtig an diesen Ausführungen ist, dass die Verfügungen des Vorerben, auch die unentgeltlichen, bis zum Eintritt der Nacherbfolge wirksam sind und die Zustimmung des Nacherben für die Gültigkeit des Geschäfts erst für die Zeit nach Eintritt der Nacherbfolge in Betracht kommt. Indem aber der Vorerbe unbedingt, also über die Zeit seiner Berechtigung hinaus, verfügt, überschreitet er seine Befugnisse und trifft eine Verfügung, zu der er in diesem Umfange nicht berechtigt ist. Der Richter hat demgemäss nach § 18 zu verfahren.

---

[6]) Thiesing, Arch. f. ziv. Prax., Bd. 92, S. 245 ff.

§ 13.

Möglichkeit des Nachweises der Entgeltlichkeit durch die im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismittel.

Wenn nach Ansicht des KG. und RG. dem Grundbuchrichter die Prüfung des Kausalgeschäfts als dem materiellen Recht angehörig, versagt wird, so wird weiter behauptet, der Beweis der Entgeltlichkeit könne mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Mitteln nicht geführt werden[1]). Nach § 29 seien als Beweismittel nur öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden zugelassen. Durch diese werde aber gemäss den §§ 415, 416 ZPO. lediglich bewiesen, dass die betreffenden Erklärungen abgegeben worden seien. Es sei aber keine Gewähr dafür geboten, dass die Willenserklärungen nicht zum Schein abgegeben worden wären und sich hinter der scheinbar entgeltlichen Verfügung nicht vielleicht doch eine unentgeltliche verberge. „Es werde zwar in den meisten Fällen in hohem Grade wahrscheinlich sein, dass die abgegebenen Willenserklärungen der Wirklichkeit entsprechen. Allein mit Rücksicht auf die im Grundbuchverkehr erforderliche Sicherheit könnten derartige Wahrscheinlichkeiten und Vermutungen nicht als genügende Grundlagen für eine Eintragung gelten." Aus diesem Grunde wird z. B. die Vorlegung einer löschungsfähigen Quittung zur Löschung einer Hypothek nicht für ausreichend erklärt. Durch das in dieser liegende Anerkenntnis werde nur bewiesen, dass der Vorerbe erklärt habe, er habe Zahlung empfangen, ob die Zahlung aber in Wirklichkeit erfolgt sei, gehe daraus nicht hervor.

„Allerdings", meint RG.[2]), „könne das Grundbuchamt von dem besonderen Nachweis der Voraussetzungen einer Eintragung, die nicht in einer Eintragungsbewilligung oder sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärung bestünden, absehen, soweit bei ihm die Voraussetzungen offenkundig

---

[1]) EKG., Bd. 25, S. A. 310, Bd. 26, S. A. 264, Bd. 30, S. A. 216; Rechtspr. Bd. 9, S. 403; ERG., Bd. 61, S. 228; EKG., v. 16. Aug. 09 in Ztschr. d. dtsch. Not. Ver. 09, S. 665; Predari, Anm. 5 zu § 41; Fuchs-Arnheim, Anm. 6 zu § 41; Turnau-Förster, Anm. 6 zu § 41.

[2]) RGE., Bd. 61, S. 228.

seien (§ 29 GBO.). Offenkundigkeit der Entgeltlichkeit werde wohl aber nie in Betracht kommen, da man aus dem allgemeinen Erfahrungssatze, dass Grundstücke nicht verschenkt zu werden pflegen, nichts entnehmen dürfe."

KG. und RG. haben daher zum Grundsatze erhoben: Auch der befreite Vorerbe kann über ein Nachlassgrundstück nur verfügen, wenn er entweder selbst im Grundbuch eingetragen ist oder die Einwilligung des Nacherben beibringt. Handelt es sich um die Löschung eines Rechtes, so wird stets die Einwilligung des Nacherben verlangt; denn die zuvorige Eintragung des Vorerben reiche hier zum Schutze des Nacherben nicht aus, weil durch die Löschung das Recht völlig aus dem Grundbuche verschwinde[3]). Auch das Bayerische Oberste Landesgericht hat in gleicher Weise entschieden[4]).

Diesen Ausführungen ist Folgendes entgegenzuhalten[5]): Es kann zunächst nicht als richtig anerkannt werden, dass sich RG. und KG. auf die §§ 415 und 416 ZPO. berufen. Diese Vorschriften regeln den Urkundenbeweis lediglich für den Zivilprozess. Das Grundbuchverfahren jedoch gehört zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, und es kommen deshalb dafür die in dem FGG. gegebenen Bestimmungen zur Anwendung. Das Beweisverfahren sowie die Beweismittel sind nun für die freiwillige Gerichtsbarkeit in § 15 FGG. dadurch geregelt, dass bestimmte Paragraphen der ZPO. für anwendbar erklärt werden. Nicht Bezug genommen ist aber auf die Regeln der ZPO. über den Urkundenbeweis. Es kommen daher dafür einzig und allein die Vorschriften in Betracht, die die GBO. selbst gibt, und diese sind in § 29 enthalten. Wenn nach den §§ 415, 416 durch Urkunden lediglich die Abgabe der Erklärung bewiesen wird, im übrigen aber der Gegenbeweis zulässig ist, dass die Erklärung nicht wirksam,

---

[3]) Vgl. oben § 8, EKG., Bd. 30, S. 261; Bd. 33, S. 184; Bd. 32, S. 178; ERG., Bd. 65, S. 214.

[4]) Bd. 6, S. 198 und 486.

[5]) Weber, Ztsch. d. dtsch. Not. Ver. 06, S. 647 ff.; 07, S. 241 ff.; Jastrow, Ztschr. d. dtsch, Not. Ver. 06, S. 106 ff.

z. B. nur zum Scheine abgegeben worden ist, so hat sich der Grundbuchrichter daran nicht zu kehren. Für ihn schreibt § 29 GBO. vor, dass er Privaturkunden gar keine Beweiskraft beizumessen, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden jedoch nicht nur die Abgabe der Erklärung, sondern auch ihre Wahrheit und Ernstlichkeit als voll bewiesen zu erachten hat. Wollte man sich nicht auf diesen Standpunkt stellen, so wäre im Grundbuchverfahren jeglicher Beweis unmöglich, da öffentliche Urkunden in § 29 als einziges Beweismittel zugelassen sind. Dass übrigens auch der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Nachweises der Entgeltlichkeit im Grundbuchverfahren anerkennt, geht aus den Motiven[6]) hervor, welche sagen: „Inwieweit der Vorerbe . . . . nachzuweisen hat, dass er nicht schenkungsweise verfüge, wird sich nach den Vorschriften der GBO. bestimmen.“ Zuzugeben ist allerdings, dass ein unbedingt sicherer Beweis mit Urkunden nicht geführt werden kann. Aber dies liegt doch in der mangelhaften Natur des Urkundenbeweises, und ist nicht ein Moment, das sich aus der besonderen Natur des Vor- und Nacherbenverhältnisses ergibt.

Zu welch unhaltbaren Konsequenzen die Praxis des KG. und RG. führt, zeigt sich, wenn man die von diesen Gerichten für den Vorerben festgestellten Grundsätze auf die Personen anwenden wollte, deren Verfügungsmacht in ähnlicher Weise wie die des Vorerben beschränkt ist, und folgerichtig müsste dies auch geschehen. Auch der Testamentsvollstrecker, Vater, Vormund und der gütergemeinschaftliche Ehemann sind zu unentgeltlichen Verfügungen nicht befugt (§§ 2219, 1641, 1804, 1446). Wir beschränken uns darauf, auf den Vergleich mit dem Testamentsvollstrecker näher einzugehen. In Anwendung der für den Vorerben festgesetzten Maximen müsste der Grundbuchrichter eine Auflassungserklärung desselben wegen der Möglichkeit der Unentgeltlichkeit zurückweisen. Die Eintragung dürfte er nur auf die Bewilligung des Erben hin vornehmen. Und was wäre das Resultat? Gerade das Gegenteil von

---

[6]) Bd. V, S. 131.

dem wäre erreicht, was der Erblasser mit der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers beabsichtigte, nämlich dem Erben die Verwaltung des Nachlasses zu entziehen. Indem man nun die Zustimmung des Erben verlangen wollte, würde man diesem im direkten Widerspruch mit dem Willen des Erblassers Einfluss auf die Nachlassverwaltung einräumen. Aber man hütet sich wohl, diese Konsequenzen zu ziehen[7]). Das Reichsgericht[8]) begründet diese verschiedene Behandlung des Vorerben und des Testamentsvollstreckers damit, dass es sich bei letzterem angeblich nur um die Legitimationsprüfung handeln solle, während beim Vorerben eine Prüfung der materiellen Grundlagen der Verfügung vorzunehmen sei, eine Befugnis, die dem Grundbuchrichter nicht zustehe. Eine nähere Begründung wird übrigens nicht gegeben. Dass diese Unterscheidung nicht gerechtfertigt ist, dass es sich vielmehr beim Vorerben ebenfalls um die Frage der Legitimationsprüfung handelt, ist oben dargetan worden.

Im übrigen heisst es in einer anderen Reichsgerichtsentscheidung hinsichtlich des Testamentsvollstreckers[9]): „Bei der Prüfung der Legitimation wird der Richter nicht ausschliesslich urkundliche Beweise zu fordern haben, sondern auch allgemeine feststehende Erfahrungssätze, die auch sonst, wenn der Grundbuchverkehr nicht lahm gelegt werden solle, vom Grundbuchrichter zu berücksichtigen sind, heranzuziehen haben." Der Grundbuchrichter hat demnach von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass Verfügungen in den weitaus meisten Fällen entgeltlich erfolgen, dass insbesondere Grundstücke in der Regel nicht verschenkt werden, und daher die Erklärungen des Testamentsvollstreckers als den Tatsachen entsprechend hinzunehmen. Für den Vorerben jedoch führt das Reichsgericht aus[10]): „Es spräche zwar eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die von dem

[7]) EKG. Bd. 23, S. A. 247; Bd. 25, S. A. 282; Bd. 27, S. A. 148; RJA. Bd. IV, S. 265 und Bd. V, S. 123; RJA. Bd. VIII, S. 143; ERG. Bd. 61, S. 139.

[8]) Bd. 61, S. 222.

[9]) Bd. 65, S. 233.

[10]) Bd. 65, S. 220.

Beteiligten abgegebenen Erklärungen auch der Wahrheit entsprächen. Allein mit Rücksicht auf die für den Grundbuchverkehr zu erfordernde Sicherheit könnten derartige Wahrscheinlichkeiten und Vermutungen nicht als genügende Grundlagen für eine Eintragung ins Grundbuch gelten." Diese verschiedene Behandlung entbehrt jeder Grundlage. Oder wird vielleicht der Testamentsvollstrecker, Vater, Vormund usw. für vertrauenswürdiger gehalten als der Vorerbe. Wenn der Erblasser den Vorerben von den Verfügungsbeschränkungen befreit, so beweist er damit, dass er zu ihm das Zutrauen hat, er werde den Nachlass ordnungsgemäss verwalten und die Rechte des Nacherben nicht beeinträchtigen. Entgegen dem offensichtlichen Willen des Erblassers nun will das Reichsgericht den Vorerben als dieses Vertrauens nicht würdig hinstellen und ihm die von dem Erblasser eingeräumte Verfügungsmacht mit Rücksicht auf das formelle Recht kürzen. Auch beim Vorerben ist davon auszugehen, dass Treu und Glauben alle Lebensverhältnisse beherrscht und dass jeder so lange als redlich, ehrlich und wahrhaftig zu gelten hat, bis ihm das Gegenteil nachgewiesen ist. Der Grundbuchrichter hat daher die urkundliche Erklärung des Vorerben als den Tatsachen entsprechend anzusehen.

Damit soll aber nicht gesagt sein, dass er jede Erklärung des Vorerben blind als wahr hinzunehmen hat; das widerspräche seiner Pflicht, das Grundbuch von unrichtigen Eintragungen frei zu halten. Findet daher der Grundbuchrichter, dass entgegen der Erklärung des Vorerben doch eine unentgeltliche Verfügung vorliege, oder erheben sich ihm begründete Zweifel an der Entgeltlichkeit des Geschäfts, dann hat er die Eintragung zu verweigern, bis ihm entweder weitere Nachweise oder die Zustimmung des Nacherben beigebracht wird.[11])

Dass sich RG. und KG. auf falscher Fährte befinden, zeigt sich auch darin, dass der befreite und der nicht befreite Vorerbe völlig gleich behandelt werden. Dass dies

---

[11]) KGE. Bd. 25, S. A. 278; Rspr. Bd. 6, S. 324; Bayer. Oberst. Landesger. Bd. 7, S. 619; OLG. Dresden in DJZ. 06, S. 1348.

nicht die Absicht des Gesetzgebers war, geht daraus hervor, dass er anordnet, die Befreiung des Vorerben von den Verfügungsbeschränkungen ins Grundbuch einzutragen. Welchen Zweck hätte denn diese Eintragung, wenn sie gar keine Berücksichtigung finden sollte? Dass der Gesetzgeber aber überflüssige Bestimmungen getroffen haben sollte, dürfte wohl nicht anzunehmen sein. Es sollte mit der Anordnung der Eintragung der Befreiung offenbar erreicht werden, dass der Vorerbe, der innerhalb der ihm vom Erblasser eingeräumten Verfügungsmacht verfügt, dem Grundbuchamt als zu solchen Verfügungen legitimiert ausgewiesen sein sollte.

Gegen die Praxis des RG. und KG. erhebt sich ein weiteres Bedenken[12]). Man verlangt die Zustimmung des Nacherben. Aus welchem Gesichtspunkte sollte letzterer zur Erteilung derselben verpflichtet sein? Ein Anspruch auf Einwilligung stünde dem Vorerben nur zu, wenn er ihm ausdrücklich vom Gesetz gegeben würde (z. B. §§ 2120 und 2206 Abs. 2). Der Vorerbe kann die Einwilligung des Nacherben nur fordern, wenn er eine zwar an und für sich dem Nacherben gegenüber nicht wirksame, zur ordnungsmässigen Verwaltung aber erforderliche Verfügung vornehmen will. In allen anderen Fällen ist der Vorerbe mithin auf den guten Willen des Nacherben angewiesen, wenn er es nicht vorzieht, sich selbst eintragen zu lassen, wobei dann von Amts wegen zugleich auch das Recht des Nacherben zu buchen ist. Grundstücke aber, die mit dem Nacherbenvermerk belastet sind, dürften nur schwer einen Erwerber finden, es sei denn, dass der Vorerbe Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises die zur Löschung des Vermerkes erforderliche Erklärung des Nacherben beibringen könnte. Einen Anspruch auf Zustimmung hat nun der Vorerbe, wie gezeigt, nicht. Man könnte höchstens daran denken, dass der Vorerbe die Einwilligung des Nacherben aus dem Gesichtspunkte der Grundbuchberichtigung verlangen dürfte. Voraussetzung der Grundbuchberichtigung ist aber wieder, dass die Eigentumsübertragung bereits eingetragen ist; denn vorher ist ja das Grundbuch

[12]) OLG. Dresden v. 21. September 1907 im Zentr. Bl. 1908, S. 550ff.

gar nicht falsch, und von einer Berichtigung kann daher nicht die Rede sein. Diese auf dem Wege des § 22 GBO., ohne dass es der Zustimmung des Nacherben bedarf, durch den Nachweis der Unrichtigkeit herbeizuführen, wird durch die Praxis des KG. und RG. ebenfalls unmöglich gemacht, da dieser nach § 29 nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden kann, diese aber als nicht hinreichend beweiskräftig erachtet werden. Es ist dem Vorerben daher nicht möglich, den Nacherbenvermerk Zug um Zug mit der Gegenleistung zur Löschung zu bringen. Man kann deshalb wohl sagen, dass solche mit dem Nacherbenvermerk belastete Grundstücke extra commercium sind.

Schliesslich ist noch zu erwägen, dass in den weitaus meisten Fällen die Nacherben minderjährig sein werden. Daraus ergeben sich neue Schwierigkeiten; denn der Vater resp. Vormund kann sich zu einer Verfügung, die er als Vorerbe trifft, in Vertretung seines Kindes nicht selbst die Zustimmung erteilen (§ 181, 1795)[13]). Es müsste daher für jeden Fall ein besonderer Pfleger bestellt werden (§ 1909), und die Zahl der Pflegschaften würde ins Ungeheure steigen.

All die Gründe, die hier gegen die Praxis des KG. und RG. angeführt worden sind, dürften wohl deutlich für die Unhaltbarkeit derselben sprechen. Auch in der übrigen Rechtsprechung ist diese Behandlung des Vorerben nicht ohne Widerspruch geblieben. Besonders das Bayrische Oberste Landesgericht und das OLG. Dresden sind, wie schon erwähnt, dem Reichsgericht und Kammergericht des öfteren entgegengetreten[14]).

Uebrigens scheint sich allmählich eine Umkehr vorzubereiten. So hat das OLG. Stuttgart in seinem Beschlusse vom 19. April 1906[15]) entschieden, es bedürfe der Zustimmung des Nacherben zu einer Verfügung des Vorerben nicht, wenn diese in Vollziehung einer vom Erblasser getroffenen An-

---

[13]) KGE. Bd. 33, S. 184.

[14]) Bayr. Oberst. Landesger. Bd. VII, S. 619; OLG. Dresden in DJZ. 1806, S. 1348 und im Zentr.-Bl. Bd 8, S. 550 ff.

[15]) Zeitschr. des deutsch. Not. Ver. 06, S. 684; 07, S. 190; RJA. Bd. 7, S. 221.

ordnung erfolge; denn hier könne von einer Beeinträchtigung des Rechtes des Nacherben nicht die Rede sein. „Es sei nicht abzusehen, weshalb in einem Falle der hier vorliegenden besonderen Art zunächst ein nicht begründetes Anrecht des Nacherben auf das Nachlassgrundstück durch Eintragung im Grundbuch geschützt und der Eigentümer auf das Berichtigungsverfahren verwiesen werden sollte, das doch wieder zur Streichung des auf die Nacherbfolge bezüglichen Vermerkes führen müsste."

Auch das RG. scheint in seinem Beschlusse vom 9. November 1907[16]) wenn es auch prinzipiell noch an seinem alten Standpunkt festhält, doch allmählich einer gemässigteren Auffassung Raum geben zu wollen. Fälle, so wird ausgeführt, in denen die Entgeltlichkeit offenkundig sei, seien zwar selten, aber immerhin denkbar, der zur Entscheidung vorliegende Fall biete ein Beispiel dafür. Die Löschung der Hypothek erfolge hier in Erfüllung einer Nebenverpflichtung aus einem Kaufvertrage, an dessen Ernstlichkeit dadurch, dass die Uebertragung des Grundstückes schon erfolgt und der Kaufpreis durch eine Hypothek sichergestellt worden sei, keine begründeten Zweifel bestehen könnten. Die Zustimmung des Nacherben sei daher hier unnötig.

Den Fällen, in denen die Entgeltlichkeit offenkundig ist, ist es nach der RGE. vom 3. Oktober 1908[17]) gleichzuachten, wenn über die Leistungpflicht des Gegenkontrahenten des Vorerben ein kontradiktorischer Prozess geführt wird. An Unentgeltlichkeit der Verfügung sei hier nicht zu denken, und deshalb entfalle das Erfordernis der Zustimmung des Nacherben.

Von letzterer ist ferner nach der KGE. vom 30. März 1908[18]) dann abzusehen, wenn die Eintragung durch einen vom Erblasser für Vor- und Nacherben bestellten Bevollmächtigten bewilligt werde.

Einen ganz erheblichen Fortschritt bedeuten die Beschlüsse des KG. vom 5. Juli 1909 und vom 15. November 1909[19]).

---

[16]) Zentr.-Bl. Bd. 8, S. 554 ff.

[17]) RGE. Bd. 69, S. 260.

[18]) KGE. Bd. 36, S. A. 166; DJZ. 1908, S. 820.

[19]) Zeitschr. des deutsch. Not. Ver. 09, S. 556; 1910, S. 67.

Daselbst wird ausgeführt: In allen früheren Entscheidungen werde hervorgehoben, dass es eines weiteren Nachweises der Entgeltlichkeit nicht bedürfe, wenn nach der Natur des Falles die Unentgeltlichkeit ausgeschlossen sei. Nun habe es sich bisher immer um einseitige Erklärungen des Vorerben gehandelt, bei denen wohl Zweifel berechtigt seien, ob sie der Wahrheit entsprächen. Diese Bedenken entfielen aber, wenn zweiseitige Rechtsgeschäfte, insbesondere z. B. ein Kauf, in Frage ständen, mit Rücksicht auf die übereinstimmenden Erklärungen der beiden Parteien. Die Vorlegung des Kaufvertrages biete daher eine genügende Unterlage für die Eintragung.

Der Grund, der für diese verschiedene Behandlung ein- und zweiseitiger Erklärungen angeführt wird, erscheint uns zwar nicht ganz stichhaltig — als ob ein Kaufvertrag nicht simuliert sein könnte; — immerhin sind diese Entscheidungen als ein grosser Fortschritt auf unserem Wege zu bezeichnen. Halten auch KG. und RG. noch prinzipiell an ihren früheren Grundsätzen fest, so scheint man sich doch der hier vertretenen Ansicht allmählich dadurch zu nähern, dass man in immer mehr Fällen die Möglichkeit der Offenkundigkeit der der Entgeltlichkeit anerkennt. Und so dürfte wohl zu hoffen sein, dass die Rechtsprechung ihre für den Verkehr so verhängnisvolle Praxis bald gänzlich aufgibt und Handel und Wandel von einer drückenden Fessel befreit.

Lebenslauf.

Ich, Erwin Dresdner, Sohn des früheren Kaufmannes, jetzigen Rentiers Moritz Dresdner und seiner Ehefrau Klara, geb. Kohn, bin am 7. November 1888 zu Beuthen OS. geboren. Ich bin jüdischer Konfession und preussischer Staatsangehöriger. Meine Gymnasialbildung erhielt ich auf dem Königl. Gymnasium zu Beuthen OS., wo ich Ostern 1907 die Reifeprüfung bestand.

Hierauf studierte ich sechs Semester Rechtswissenschaft, davon 1 in Heidelberg und je 2 in München und Breslau. Am 9. Juli 1910 bestand ich in Breslau das Referendariatsexamen und am 15. Juli 1910 die mündliche Doktorprüfung.

Ich wurde darauf dem Kgl. Amtsgericht zu Bolkenhain zur Ausbildung überwiesen und diene augenblicklich als Einjährig-Freiwilliger im Feldartillerie-Regiment von Peucker (1. Schlesisches) Nr. 6 in Breslau.